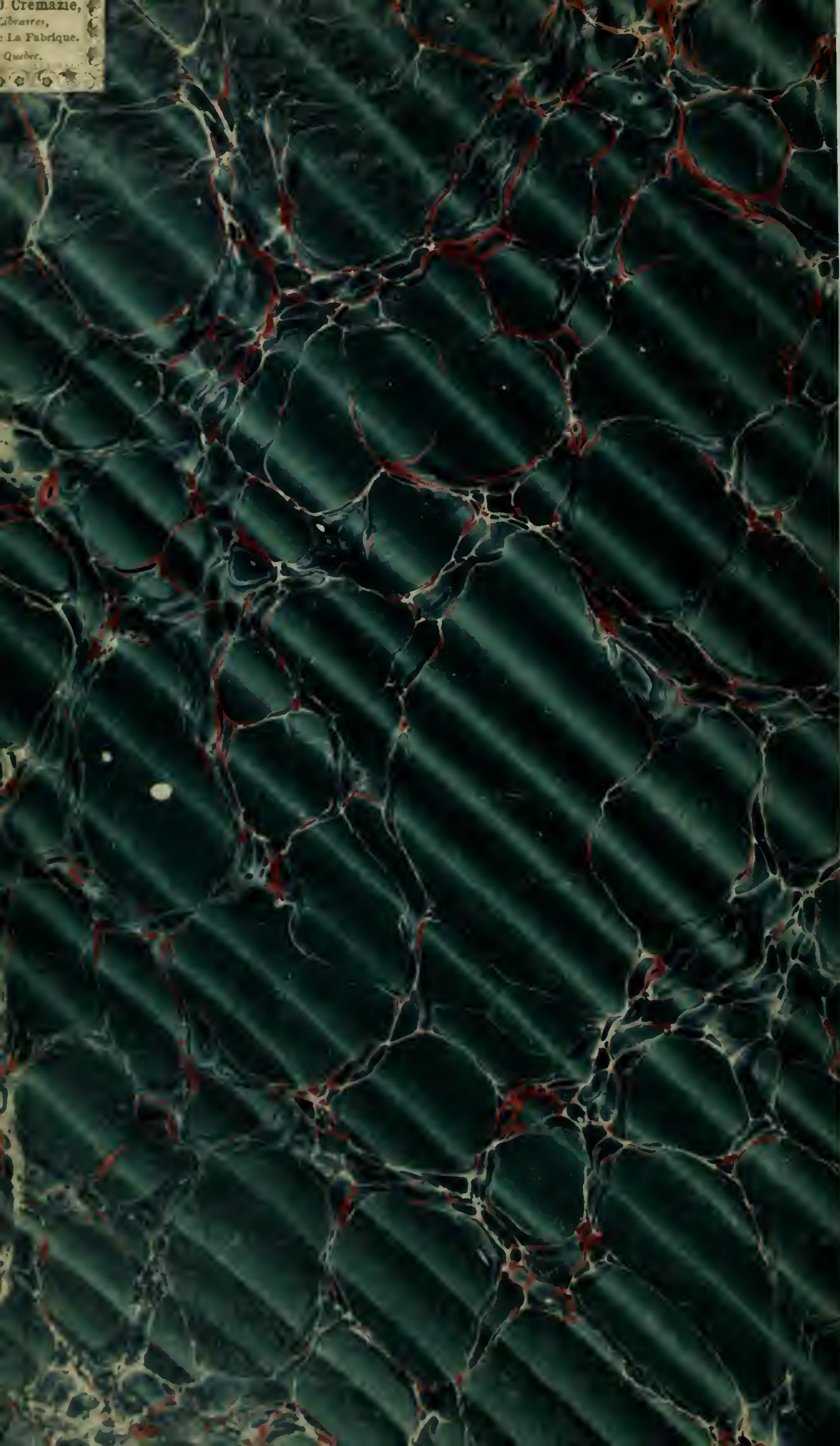



Cremazie,
Libraires,
La Fabrique.
Quebec.





LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

Imprimerie de la Société Typographique Belge,
ADOLPHE WAHLEN ET COMPAGNIE.

LE DROIT CIVIL
FRANÇAIS,
SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

OUVRAGE DANS LEQUEL ON A RÉUNI LA THÉORIE A LA PRATIQUE;

PAR TOULLIER.

NOUVELLE ÉDITION, AUGMENTÉE EN BELGIQUE

1° DE LA CONFÉRENCE DE L'OUVRAGE AVEC LA DOCTRINE DES AUTEURS QUI ONT TRAITÉ LES DIVERSES MATIÈRES DU CODE CIVIL; 2° DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE DU ROYAUME.

TOME SIXIÈME.



BRUXELLES.
MELINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIVOURNE. MÊME MAISON. | LEIPZIG. J. P. MELINE.

1848

LE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE IV.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1. Le mot engagement, synonyme d'obligation, est spécialement affecté par le Code aux obligations qui viennent de la loi sans convention.
2. Il n'y a que deux sources des engagements ou obligations, la volonté de l'homme et la loi. La force n'en saurait produire.
3. L'homme, être intelligent et libre, peut engager sa personne ou ses biens par l'intervention de la loi.
4. Rectification de la doctrine de l'auteur sur la source des obligations.
5. La loi ne peut ôter aux conventions leur force obligatoire, mais seulement prescrire des conditions à la garantie qu'elle leur accorde. Exemple.
6. Les engagements sans convention ne peuvent devoir leur naissance qu'à la toute-puissance de la loi.
7. Pourquoi le Code s'est occupé des obligations conventionnelles avant les engagements sans convention.
8. Deux classes des engagements formés sans convention, les uns par l'autorité seule de la loi, les autres à l'occasion d'un fait de l'homme.
9. Additions nécessaires pour rendre cette division complète, et résumé.
10. Doctrine du Code sur les sources des obligations plus exacte que celle de Justinien. Vices de celle-ci.
11. Exemples donnés par le Code, des engagements qui naissent de l'autorité seule de la loi.
12. Il en est beaucoup d'autres : les uns communs à tous les citoyens ;
13. Les autres aux dépositaires de l'autorité. Étendue de leurs obligations. Effroi qu'elles inspirent au sage.
14. Les faits dont résultent des engagements sont licites ou illicites. Le Code conserve aux premiers la dénomination impropre de *quasi-contrats ;* aux autres celle de *quasi-délits*.

1. Après les obligations conventionnelles, le Code passe aux *Engagements* qui se forment sans convention. Les termes d'obligation et d'engagement sont synonymes en jurisprudence ;

ils ont la même signification. Néanmoins, le Code paraît avoir spécialement appliqué le terme d'engagement aux obligations que la loi impose à l'homme, « sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui » s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il » est obligé (1). » (Art. 1370.)

2. En réfléchissant attentivement sur la source des engagements, on ne trouve que deux causes vraiment génératrices des obligations, la volonté de l'homme et la loi. Il n'en peut même exister d'autres; car la force, tant que dure son action, peut contraindre l'homme physiquement, mais non pas l'obliger moralement. Du moment qu'elle cesse, ou qu'il devient le plus fort, il redevient libre; car, recouvrant sa liberté par le même moyen qui la lui a ravie, ou il est fondé à la reprendre, ou on ne l'était pas à la lui ôter : force n'est donc pas droit.

3. Mais, en qualité d'être intelligent et libre, l'homme peut soumettre sa volonté, et s'obliger envers autrui. Il a la faculté naturelle d'engager ses biens, sa personne même et ses actions, en tout ce qui n'est pas défendu par la loi. Il use de cette faculté dans les conventions, où il promet de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Aussitôt que son consentement est donné et accepté, sa volonté, libre dans l'origine, devient, par la conclusion du contrat, assujettie ou liée au joug de la nécessité : il est moralement et irrévocablement obligé. L'obligation est parfaite par sa volonté seule, sans l'intervention de la loi, qui n'intervient, *ex post facto*, que pour lui prêter sa force, et pour en garantir l'exécution ou l'accomplissement, en contraignant l'obligé d'accomplir sa promesse, en cas qu'il ait l'injustice de s'y refuser ou de la violer; mais non pour donner naissance à l'obligation (2).

4. C'est donc manquer d'exactitude que de dire, comme nous l'avons fait t. 3 (éd. fr., t. VI), nos 3 et 4, *que toute obligation vient de la loi; que les conventions n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donnée.*

Les obligations *conventionnelles* sont produites immédiatement par la volonté de l'homme; elles existent indépendamment de la loi, qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidéjusseur tout-puissant, pour en garantir l'exécution; garantie qui consiste à donner une action, et qui va jusqu'à ordonner, s'il le faut, l'emploi de la force publique pour faire exécuter les conventions.

5. Les obligations conventionnelles doivent si peu leur naissance à la loi, qu'il est au-dessus de son pouvoir de leur enlever leur force obligatoire; elle peut seulement ne leur accorder sa garantie que sous certaines conditions. C'est ainsi que les lois romaines, par une disposition reconnue injuste et rejetée chez toutes les nations, refusaient une action pour faire exécuter les simples pactes ou pactes nus, qui n'étaient pas revêtus de la formalité de la stipulation. *Voy.* ce que nous avons dit t. 3 (éd. fr., t. VI), no 15. Mais, en leur refusant une action, la loi n'en reconnaissait pas moins qu'ils produisaient une obligation naturelle, à laquelle elle accordait même plusieurs effets civils.

6. Quant aux engagements qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé, il est bien évident qu'ils ne peuvent devoir leur naissance qu'à la toute-puissance de la loi, dont les commandements sont obligatoires pour tous les sujets : *Legis virtus hæc est imperare, vetare, permittere, punire.*

On peut dire cependant que les obligations qui paraissent résulter de l'autorité seule de la loi viennent primitivement de la volonté de l'homme ou de la convention; car la loi elle-même n'est que l'expression de la volonté générale, à laquelle, dans l'état civil, tout citoyen se soumet par un acte libre de sa volonté individuelle, en entrant en société, ou en demeurant volontairement sous l'empire et la protection des lois.

Mais, quoique cette doctrine soit parfaitement exacte en théorie, elle peut paraître un peu subtile dans la pratique; et, si la volonté du plus grand nombre ou la volonté générale est réellement la cause qui nous oblige d'obéir aux lois, il n'en est pas moins vrai que ce n'est que la cause éloignée des engagements, et que la cause prochaine et génératrice de ces engagements est, ou la convention, ou la loi particulière d'où dérive chacun d'eux.

7. Ce n'est qu'après avoir tracé les règles des obligations conventionnelles, que le Code passe aux engagements qui se forment sans convention. La raison en est que les conventions sont la source la plus abondante des obligations; qu'elles sont assujetties à un nombre de règles et de dispositions beaucoup plus grand que les autres obligations; mais surtout qu'elles ont un caractère particulier et un effet bien remarquable, qui les distinguent des autres, et qui les placent dans une classe séparée; elles peuvent transmettre la propriété des biens. « La propriété » des biens s'acquiert et se transmet par succes- » sion, par donation entre-vifs ou testamentaire, » et par l'*effet des obligations*, » dit l'art. 711; ce qui ne s'applique qu'aux obligations conventionnelles. Les engagements qui se forment sans convention ne produisent qu'une action personnelle contre celui qui se trouve obligé : il était donc naturel de parler des obligations conven-

(1) Dalloz, vo *Responsabilité*, no 2.

(2) *Voy.* Rolland, vo *Gestion d'affaires*, no 68.

tionnelles à la suite des autres matières dont on acquiert la propriété.

8. Le Code range ensuite en deux classes les engagements qui se forment sans aucune convention. « Les uns, dit l'art. 1370, résultent de » l'autorité *seule* de la loi; les autres *naissent* d'un » fait personnel à celui qui se trouve obligé. »

Pour s'exprimer avec une entière exactitude, il faut dire : Les autres naissent à l'occasion d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé; car il faut remarquer que ce n'est point du fait que naît l'obligation, fût-ce même un délit, puisque celui qui l'a commis n'a point eu l'intention de s'obliger; il a eu manifestement une volonté contraire. Par exemple, le voleur a eu réellement la volonté de s'approprier l'objet volé; mais la loi lui impose, contre sa volonté, l'obligation de le restituer : c'est donc à l'occasion du vol que la loi fait naître cette obligation; ce n'est pas le fait même du vol qui la produit. Le fait précède, l'obligation le suit, et naît immédiatement après, en vertu de l'autorité de la loi; au lieu que, dans les obligations conventionnelles, l'obligation doit sa naissance immédiatement à la convention, indépendamment de la loi.

Cette légère rectification n'a rien de contraire au texte de notre article; car on peut très-bien dire que l'obligation naît du fait, ou doit sa naissance au fait, en ce sens que l'existence du fait est nécessaire pour lui donner la naissance : on peut encore dire que le fait est la condition de l'obligation (1). La loi dit : Celui qui prendra ou retiendra le bien d'autrui sera obligé de le rendre. Du moment où vous vous emparerez du bien d'autrui, l'obligation de le rendre prend naissance; la condition de l'obligation éventuelle est accomplie.

9. Mais pour rendre exacte et complète la disposition de l'art. 1370, qui dit que les engagements sans convention résultent, les uns de l'autorité seule de la loi, les autres *d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé*, c'est-à-dire, à l'occasion de ce fait, il faut ajouter : 1° ou à l'occasion d'un fait personnel à celui envers qui l'autre est obligé; par exemple, l'obligation de rembourser les engagements que le gérant sans mandat a contractés en son nom, pour l'utilité du propriétaire dont l'affaire est gérée (art. 1375) naît évidemment à l'occasion d'un fait personnel au gérant envers lequel il est obligé (2).

2° Il faut ajouter à la même disposition : « ou à l'occasion d'un cas fortuit; » car ces engagements, dont nous verrons des exemples dans la suite, ne résultent ni de l'autorité seule de la loi, ni d'un fait personnel, soit à celui qui se trouve obligé, soit à celui envers qui l'autre est obligé (3).

Ce développement des causes prochaines des obligations nous semble essentiel et nécessaire pour rectifier les idées des jeunes lecteurs, et les habituer à mettre de l'exactitude dans leurs raisonnements.

Résumant, toute obligation doit sa naissance à la convention ou à la loi. Les obligations qui doivent leur naissance à la loi sont de deux espèces : 1° celles qui résultent de l'autorité seule de la loi, sans aucun fait de celui qui se trouve obligé; 2° celles qui naissent, soit à l'occasion d'un fait personnel à celui qui est obligé, ou même à celui envers qui l'autre est obligé; soit à l'occasion d'un cas fortuit.

10. Cette doctrine est sans contredit beaucoup plus exacte que celle de Justinien, dans ses Institutes (4), où il divise toutes les obligations en quatre espèces, qu'il fait dériver : 1° des contrats; 2° des quasi-contrats; 3° des délits; 4° des quasi-délits, sans remonter à l'autorité de la loi, à laquelle les trois dernières classes doivent leur naissance.

Cette imperfection dans la doctrine de Justinien l'a forcé de placer les obligations respectives des tuteurs et des pupilles au rang de celles qui dérivent des quasi-contrats; et cela par un motif que la raison ne saurait approuver : c'est qu'ils ne sont pas proprement obligés en vertu d'un contrat, *non proprie ex contractu obligati sunt,* puisqu'il n'y a eu aucune convention entre eux.

Cependant, parce que leurs obligations ne viennent pas d'un méfait, *ex maleficio*, ils paraissent obligés en vertu d'un quasi-contrat, *quasi ex contractu.* Il résulterait de ce raisonnement que toute obligation qui ne vient ni d'un contrat, ni d'un délit ou quasi-délit, vient d'un quasi-contrat.

La fausseté de cette doctrine avait déjà été remarquée par un philosophe écossais (5), d'un mérite éminent, qui fait avec raison dériver les

(1) *Voy.* Thomasius, t. 1, dissert. 4; *Philosophia juris ostensa in doctrina de obligationibus*, §§ 127 et 131, p. 152.

(2) C'est ce qu'avait très-bien remarqué Doneau, *Comment. de jure civili*, lib. 15, cap. 14, où il définit le quasi-contrat, « factum non turpe, aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri sine consensu obligatur. »

(3) Sur ces engagements, dont nous verrons des exemples dans la suite, *voy.* Domat, *Lois civiles*, titre *des Engagements qui se forment par des cas fortuits,* liv. 2, tit. 9.

(4) Liv. 3, tit. 4, § 3.

(5) Fergusson, *Moral philosophy*, part. 5, chap. 10, sect. 3, qui dit fort bien qu'une pareille fiction n'est bonne qu'à faire dériver d'une source une obligation qui dérive réellement d'une autre. Il fait, avec raison, dériver de la loi ou de l'équité les obligations mutuelles du tuteur et du pupille : *Thus mutual pleas of guardian and ward, which arose from equity, were sustained in the Roman law, as arising from contract.*

obligations respectives du tuteur et du pupille, de l'équité ou de la loi. C'est cette doctrine vraie et raisonnable qu'a suivie le Code, en plaçant au rang des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, *ceux des tuteurs et autres administrateurs, qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée.* (Art. 1370.)

11. En effet, dès que le tuteur est, contre sa volonté, obligé de se charger de la tutelle, son obligation résulte évidemment et immédiatement de la loi. Celle du pupille, obligé d'allouer en compte les dépenses utiles faites par son tuteur, vient également et ne peut venir que de la loi, puisqu'il n'est intervenu aucun consentement, aucun fait de sa part, d'où puisse dériver cette obligation; puisque même le pupille, surtout s'il était en bas âge, était incapable de s'obliger.

Le Code, dans notre art. 1370, met encore au rang des engagements involontaires, qui résultent de l'autorité seule de la loi, ceux que fait naître le voisinage. L'art. 651 avait déjà dit que « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations, l'un à l'égard de l'autre, » indépendamment de toute convention. »

C'est de là que naissent les obligations du bornage, de la clôture forcée dans les villes, les droits et les devoirs de la mitoyenneté, etc. Nous en avons parlé dans le t. 2 (III, éd. fr.), où nous avons fait voir que ces devoirs et ces engagements sont d'une autre nature que ceux des servitudes prédiales.

12. L'art. 1370 ne donne que ces deux exemples d'engagements résultant immédiatement de l'autorité de la loi; mais il en est une infinité d'autres. Nous ne nous proposons pas d'énumérer tous les engagements qui naissent de la loi seule. Nous devons cependant indiquer ceux qui sont communs à tous les citoyens, à tous les membres de la société sans exception, quels que soient leur rang et leur état.

Tels sont, suivant Blackstone (1), tous ceux qui résultent de la constitution fondamentale du gouvernement; chez nous, de la charte constitutionnelle; et qui lient également et réciproquement les gouvernants et les gouvernés, depuis celui qui se trouve élevé au faîte de la hiérarchie des pouvoirs jusqu'au dernier prolétaire.

Ainsi tout citoyen, par exemple, est aussi rigoureusement tenu d'acquitter sa part des contributions publiques légalement imposées par l'autorité légitime, qu'il est tenu de payer toute autre dette à laquelle il s'est conventionnellement obligé pour une cause licite; car tout membre de la société qui en partage les bienfaits, est obligé d'en supporter les charges.

Ainsi, il doit à la grande cause de l'intérêt public le sacrifice de ses biens, moyennant une juste et préalable indemnité; celui de sa personne, de sa vie même, si le besoin l'exige; il doit mourir, s'il le faut, pour la défense et le salut de la patrie.

De là l'obligation de satisfaire à la loi, dure en apparence, de la conscription, mais réellement nécessaire et juste, depuis qu'il n'y a plus de privilèges.

En un mot, tout citoyen doit obéir aux lois, et par conséquent au magistrat chargé de les faire exécuter, en tout ce qu'il commande en leur nom; à la chose jugée, lors même que le jugement est inique. Ainsi le veut encore la loi, fondée sur l'intérêt public, comme nous l'avons fait voir ailleurs (2).

13. Mais, d'un autre côté, les lois constitutionnelles de l'État imposent à tous les magistrats, à tous les dépositaires du pouvoir, dans tous les degrés de la hiérarchie, depuis les ministres jusqu'au dernier fonctionnaire public, des devoirs tellement importants, tellement rigoureux et tellement multipliés, surtout pour les premiers, qu'en y réfléchissant, le sage est effrayé; il est tenté de s'écrier, avec un philosophe de l'antiquité : *Sapiens non accedat ad rempublicam !*

Une vertueuse abnégation de soi-même et de son repos, jointe au sentiment de sa force et à un zèle ardent pour le bien public; ou, dans un autre sens, l'ambition, la soif du pouvoir, et l'éclat éblouissant de la fortune, peuvent seuls déterminer à se charger d'une responsabilité si étendue, qui pèse toute entière sur la tête des rois, dans les monarchies absolues, et dans les gouvernements représentatifs, où la personne des rois est inviolable (3), sur la tête de leurs ministres. Ils répondent de toutes les atteintes portées à la sûreté, à la liberté individuelle des citoyens, de tous les abus d'autorité qu'ils protègent ou qu'ils ne répriment pas, des mauvaises lois qu'ils provoquent, des maux qu'ils pourraient empêcher ou réparer, du silence qu'ils gardent sur les plaintes qui leur sont adressées ou qu'ils n'écoutent pas, ou qu'ils laissent sans réponse, etc., etc.

Il faut même remarquer qu'ils sont sans excuse; car, suivant la doctrine de notre article 1370, les obligations des magistrats ne sont point rangées dans la classe des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, puisqu'ils peuvent refuser les fonctions qui leur sont déférées. En les briguant, en les acceptant, ils se soumettent volontairement à remplir ponctuellement les obligations qui y sont attachées; ils en font même le serment, et leurs devoirs

(1) Book 2, chap. 9, § 2, t. 3, p. 159, 9e édition, Lond., 1783.

(2) T. 3 X, éd. fr.), en parlant de la chose jugée

(3) Mais ils ne sont pas dégagés de la responsabilité morale. *Voy.* l'excellent livre des *Directions pour la conscience d'un roi*, par le sage et vertueux Fénélon.

en deviennent par là plus rigoureux. Mais, hélas! où est-il le sage qui considère dans les places autre chose que les avantages, le pouvoir, la fortune qu'elles pourront lui procurer?

14. Les faits d'où la loi fait résulter des engagements sans convention sont de deux espèces : *licites* ou *illicites*. Notre art. 1370, suivant un abus de mots invétéré, a conservé aux premiers l'obscure et impropre dénomination de *quasi-contrats* (1) qui ne convient cependant plus à la nouvelle et saine doctrine qu'il a substituée à la fausse doctrine des Institutes de Justinien; il a également conservé aux seconds la dénomination plus convenable de délits et quasi-délits.

CHAPITRE PREMIER.

Des Quasi-Contrats.

SOMMAIRE.

15. Opinions des interprètes sur la nature des quasi-contrats et sur le fondement des obligations qui en résultent.
16. Le Code les a rejetées; mais la définition qu'il donne des quasi-contrats est imparfaite.
17. Il en donne seulement deux exemples, sans indiquer comment on peut connaître les autres. Il faut, pour cela, remonter au principe commun des obligations qu'ils produisent tous.
18. Elles sont des conséquences de la loi sacrée de la propriété, de même que les engagements qui résultent des quasi-délits.
19. Développement de cette vérité.
20. Les engagements qui résultent des quasi-contrats et des quasi-délits sont les conséquences de deux maximes qui dispensent de les énumérer.
21. Le Code ne contient de détails que sur deux quasi-contrats, la gestion des affaires d'autrui sans mandat, *negotiorum gestor*, et la répétition de ce qu'on a indûment payé. Les détails sont puisés dans le droit romain.
22. Pothier prétend que, pour former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il faut que le gérant ait eu l'intention de faire les affaires de telle personne déterminée, et de répéter d'elle les frais de sa gestion.
23. C'est une erreur. Les obligations qu'il produit sont fondées sur le principe que personne ne doit s'enrichir au détriment d'autrui, et non sur l'intention du gérant. Preuves tirées du droit romain.
24. Pothier reconnaît l'inutilité de sa doctrine sur la nécessité d'intention dans le droit français qui rejette les subtilités du droit romain sur les actions.
25. Si le propriétaire connaissait la gestion du *negotiorum gestor*, il en résultait, dans les principes du droit romain, un mandat tacite, un véritable contrat; mais notre Code ne reconnaît plus de mandat tacite.
26. Peu d'importance de ce changement, qui néanmoins forme dans le Code une disparate.
27. Les engagements résultant de la gestion d'affaires sont réciproques et produisent deux actions : *la directe*, pour faire rendre le compte; *la contraire*, pour la répétition des impenses utiles faites par celui qui a géré *volontairement*.
28. Explication de cette expression, employée dans l'art. 1372, pour marquer la différence entre les obligations *involontaires* résultant de la loi seule, et celles qu'elle fait naître à l'occasion d'un fait *volontaire* de l'homme.
29. Les obligations du gérant, comme celles du mandataire, varient suivant la nature des affaires gérées.
30. Mais il y a des obligations générales imposées à tous les gérants, telles que d'achever l'affaire dont ils ont commencé la gestion.
31. Le gérant n'est pas tenu d'étendre sa gestion à une autre affaire. Différence entre ses obligations et celles d'un mandataire général ou d'un tuteur.
32. Mais il doit se charger de toutes les dépendances de l'affaire commencée. Exemples.
33. Il doit continuer sa gestion après la mort du propriétaire.
34. *Quid* si, s'annonçant comme gérant général de toutes les affaires d'un absent, il a détourné d'autres personnes de les gérer?
35. Étendue des soins qu'il doit à l'affaire gérée. Il répond de sa négligence.
36. Mais non des cas fortuits, si ce n'est lorsqu'il a entrepris, dans le nom de l'absent, un commerce qu'il n'avait pas coutume de faire.
37. Cas où le gérant ne répond point de sa négligence.
38. La règle générale consacrée par l'art. 1374 est qu'il répond de toutes ses fautes. Il y a des raisons plus fortes contre lui que contre le mandataire.
39. La femme, qui a géré sans mandat les affaires d'un absent, est obligée, quoique non autorisée de son mari. Explication de l'art. 1990.
40. Il en est de même des mineurs.
41. La principale obligation du gérant est de rendre compte. Ce que doit comprendre ce compte.
42. Il doit surtout comprendre ce qu'il devait à l'absent, contre lequel la prescription ne peut courir en faveur du gérant.

---

(1) Cet abus de mots n'est propre qu'à mettre de la confusion dans les idées; il a quelquefois égaré Pothier lui-même, qui demande sérieusement quelles sont les choses requises pour former un *quasi-contrat*, comme il demande quelles sont les choses nécessaires pour former un contrat de vente.

Domat, l'ami de Pascal, dont l'esprit était si éminemment juste, s'est bien gardé de se servir de cette obscure et impropre dénomination de *quasi-contrat*.

43. Il faut même y comprendre une dette qui ne devait point passer à ses héritiers, si elle est devenue exigible avant sa mort.
44. A la différence du droit romain, le Code n'oblige le gérant aux intérêts du reliquat de compte que du jour qu'il est mis en demeure, et à ceux des sommes employées à son usage du jour de cet emploi.
45. C'est à l'oyant compte de prouver le fait et le jour de cet emploi.
46. Mais le rendant continuerait de devoir les intérêts d'une dette personnelle qui en produisait dans le principe, à moins qu'il ne prouvât l'emploi utile du capital.
47. L'action en reddition de compte doit être dirigée contre le gérant. Elle peut aussi l'être contre celui qu'il aurait chargé de gérer, comme l'action du mandant peut être dirigée contre le substitut du mandataire. (Art. 1994.)
48. Il n'y a point de solidarité entre plusieurs personnes qui ont, sans mandat, géré l'affaire d'autrui.
49. Obligations de celui dont les affaires ont été gérées utilement. Sur quoi fondées. Elles donnent lieu à l'action contraire; pour l'exercer, le gérant doit rendre son compte.
50. Il ne peut mettre en décharge que les sommes employées utilement à une dépense nécessaire que n'eût pas manqué de faire le propriétaire. C'est à celui-ci de juger de l'utilité et de la nécessité d'une dépense. Exemple.
51. Mais le propriétaire est tenu d'allouer une dépense nécessaire ou utile au moment où elle a été faite, quoique l'utilité ait cessé depuis par cas fortuit ou force majeure.
52. Raison de cette décision. Réponse à une objection tirée de la loi 37, ff. *de negot. gest.*
53. Il faut aussi que les dépenses dont l'allocation est demandée ne soient pas excessives.
54. Le gérant peut demander l'indemnité des obligations qu'il a contractées personnellement pour le maître, quoique non encore acquittées. (Article 1375.)
55. Celui qui s'immisce dans les affaires d'autrui, depuis et malgré sa défense, n'a point reprise de ses dépenses. Cette décision de Justinien défendue contre Pothier.
56. De l'action en répétition des payements d'une chose qui n'était pas due. C'est le second exemple donné par le Code des *quasi-contrats* ou obligations formées sans convention.
57. Texte du Code sur cette obligation. (Art. 1376 et 1377.)
58. Celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû est obligé de le rendre, soit qu'il l'ait reçu par erreur ou sciemment. Cette obligation dérive de la loi de la propriété. Développement de cette vérité.
59. Deux conditions de la répétition : 1° que la chose ne fût pas due; 2° qu'elle ait été payée par erreur. Examen de la première condition. (Article 1186.)
60. Seconde condition. Il faut qu'il y ait eu erreur dans le payement. Celui qui a payé volontairement ce qu'il savait ne point devoir perd le droit de répétition. Il est présumé avoir voulu donner.
61. Cette présomption est admise par notre Code. (Art. 1377 comparé avec le précédent.)
62. Suite, et motifs raisonnables de cette présomption.
63. L'erreur de droit suffit pour autoriser la répétition.
64. Le demandeur en répétition doit prouver que la chose n'est pas due et qu'elle a été payée par erreur.
65. L'exception établie par le droit romain en faveur des militaires, agriculteurs, et gens simples, n'est point admise en droit français.
66. *Quid* des mineurs non émancipés, émancipés, ou devenus majeurs?
67. Des payements faits par le tuteur. Le mineur devenu majeur peut-il les répéter sans prouver que la chose n'était pas due?
68. Des payements faits par les femmes mariées non autorisées. Distinction.
69. La preuve que la chose n'était pas due fait présumer qu'elle a été payée par erreur.
70. C'est alors au défendeur de prouver qu'elle a été payée sciemment et avec connaissance de cause. Exemple et preuve.
71. *Quid* s'il y avait du doute sur ce point, ou si celui qui a payé doutait s'il devait ou non?
72. La présomption de donation cesse, si elle est combattue par d'autres présomptions.
73. Différents cas où le demandeur en répétition doit prouver en même temps : 1° que la chose n'est pas due; 2° qu'il a payé par erreur. Application de l'art. 1115.
74. Cas où, suivant le droit romain, la preuve que la chose payée n'était pas due fait présumer qu'elle a été payée par erreur : 1° lorsqu'on prouve qu'il a été payé plus qu'il n'était dû.
75. 2° Lorsqu'on n'a pas retenu ce qu'on pouvait retenir. Plusieurs exemples de ce cas.
76. 3° Lorsqu'on a payé la seconde fois une dette déjà acquittée, de quelque manière que ce soit.
77. Application de ces principes aux dettes solidaires et alternatives.
78. *Quid* si le débiteur d'une dette alternative a payé *en même temps* les deux choses par erreur? Il a le choix de répéter celle qu'il voudra. Ancienne controverse sur ce point.
79. S'il les avait payées en différents temps, il ne pourrait répéter que la seconde, si elle existait encore.
80. Si le débiteur a payé par erreur, croyant la devoir déterminément, la chose qu'il ne devait qu'alternativement, il peut, si le créancier n'en a pas disposé de bonne foi, la répéter et donner l'autre.
81. Si celui qui devait, sous une alternative, une somme d'argent ou un cheval, a payé la moitié de la somme, il ne peut la répéter pour donner le cheval.
82. La répétition a lieu, si l'on paye à un autre qu'au créancier ; par exemple, si j'ai payé la somme entière à l'un des héritiers du créancier;
83. Si, croyant devoir une chose due par un autre, je

l'ai payée *en mon nom*; par exemple, si, me croyant faussement héritier de Caïus, j'ai payé les dettes de la succession. Explication des articles 1377 et 1236 du Code.

84. Celui qui s'est fait subroger en payant la dette d'autrui n'a point d'action en répétition contre le créancier.

85. Si, n'étant héritier que pour moitié, j'ai payé en entier une dette chirographaire de la succession, me croyant par erreur solidaire, j'en puis répéter la moitié.

86. La répétition a lieu toutes les fois qu'après l'erreur découverte le payement reste, sans aucune cause, aux mains de celui qui l'a reçu; c'est le principe général.

87. Les obligations naturelles volontairement acquittées sont une cause suffisante. (Art. 1235, 1965 et 1967.)

88. La loi présume même l'existence de l'obligation naturelle en plusieurs cas; par exemple, lorsqu'un payement est fait, nonobstant la prescription connue, ou nonobstant un jugement d'absolution, même en dernier ressort, si celui qui paye en connaissait l'existence. *Secùs* s'il ne la connaissait pas. Opinion contraire de Pothier rejetée.

89. Une cause raisonnable de payement, comme un motif de délicatesse ou de piété, empêche la répétition, quoiqu'il n'y eût pas obligation naturelle. Deux exemples.

90. A qui appartient le droit de répétition.

91. Cas où celui qui a payé en son nom et pour son compte ne peut répéter ce qu'il a indûment payé : par exemple, l'héritier putatif.

92. L'objet de la répétition est la chose même, avec les accessoires et les fruits.

93. Différence des obligations de celui qui a payé de bonne ou de mauvaise foi.

94. Le premier n'est tenu à rendre de la chose que ce dont il s'est enrichi; la chose, si elle existe; le profit qu'il en a retiré, mais non l'intérêt de l'argent.

95. Si elle a péri par son fait ou par sa négligence, il ne doit rien; car il n'a pas commis *de faute* en négligeant sa conservation, ou même en l'aliénant. La découverte de son erreur n'annule point ce qui a précédé.

96. S'il a vendu, il ne doit que le prix de la vente. (Art. 1380.)

97. S'il a disposé à titre gratuit, il ne doit rien; et le demandeur en répétition n'a pas de recours contre l'acquéreur ou le donataire.

98. Réponse à l'objection tirée des art. 2125 et 2182. Celui qui n'a qu'une propriété révocable ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même.

99. Réfutation de l'opinion de Pothier, qui pense que le demandeur en répétition a une action utile contre le donataire.

100. Mais le défendeur en répétition doit rendre tous les profits qu'il a retirés de la chose avant l'aliénation. Conséquences de ce principe.

101. Enfin, il doit céder les actions en rescision qu'il peut avoir contre les aliénations qu'il a faites.

102. Le Code n'a rien changé aux principes ci-dessus expliqués. Explication de l'art. 1379 et de l'article 1621.

103. Les obligations de celui qui a reçu la chose de mauvaise foi dérivent du précepte qui défend le larcin.

104. Elles sont donc plus rigoureuses que dans le cas du payement reçu de bonne foi. S'il a reçu de l'argent, il doit les intérêts du jour du payement. (Art. 1378.)

105. Si la chose produisait des fruits, il doit rendre même ceux qu'il a manqué de percevoir.

106. S'il a vendu la chose, il doit, outre le prix qu'il a reçu, tous les dommages et intérêts du demandeur en répétition.

107. Si elle a péri par cas fortuit ou force majeure, il en doit le prix, s'il ne prouve pas qu'elle eût également péri chez celui qui la lui a donnée par erreur. (Art. 1379, 1302.)

108. Si elle est détériorée, il répond de sa faute la plus légère.

109. Néanmoins, on doit lui rembourser les dépenses nécessaires et utiles faites pour la conservation de la chose. (Art. 1381.)

110. En tous les cas, les améliorations sont compensées avec les détériorations, jusqu'à due concurrence.

111. *Quid* s'il a été fait des plantations ou constructions sur le fonds sujet à répétition?

112. Outre les deux quasi-contrats, dont traite le Code, il y en a beaucoup d'autres que l'on connaîtra en appliquant, suivant les occurrences, la règle générale dont ils dérivent tous.

13. Les jurisconsultes romains n'ont pas défini le quasi-contrat. Justinien, dans ses Institutes, n'en donne qu'une définition négative, ou plutôt il ne le définit point; il explique ce que n'est pas le quasi-contrat (1), et non point en quoi il consiste. Les interprètes et les commentateurs du droit romain ont donc recherché avec anxiété la nature du quasi-contrat, et quel est le fondement de l'obligation qui en résulte.

Les uns font naître cette obligation du consentement tacite de celui qui se trouve obligé; mais c'est évidemment confondre les quasi-contrats avec les contrats, qui se forment par le consentement tacite aussi bien que par le consentement exprès.

(1) Voici comment s'expriment les *Institutes*, lib. 3, tit. 28, in pr.
« Post genera contractuum enumerata dispiciamus, etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur : sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. »

D'autres ont prétendu faire dériver l'obligation qui résulte des quasi-contrats, d'un consentement fictif ou présumé. De ce nombre est Heineccius, qui développe cette doctrine avec beaucoup de netteté dans son ouvrage sur les Institutes, § 965. Il définit les quasi-contrats, *facta honesta quibus et ignorantes obligantur ex consensu ob æquitatem præsumpto vel ficto,* des faits licites par lesquels on est obligé même sans le savoir, en vertu d'un consentement feint ou présumé, fondé sur l'équité. Il trouve les fondements de cette fiction ou de cette présomption dans trois règles de droit fort raisonnables.

Ainsi, suivant lui, la loi *feint* ou *présume* que celui qui a reçu par erreur une somme qu'on ne lui devait pas, a consenti à la restituer; et elle le feint, elle le présume, parce qu'il n'est pas juste que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui (1); et en vertu de ce consentement feint ou présumé, la loi ordonne de restituer.

Mais pourquoi cette fiction ou cette présomption inutile de la loi? N'a-t-elle donc pas la force de commander cette restitution fondée sur la justice? Le législateur commande ce qui est juste; il ne feint rien. Il ne dit point : Je feins ou je présume que vous avez consenti de rendre la somme qu'on vous a indument payée, parce qu'il est juste que personne ne s'enrichisse aux dépens d'autrui; et, en vertu de ce consentement fictif ou présumé, j'ordonne la restitution ; il dit, au contraire : Soit que vous ayez eu ou non la volonté de rendre, soit même que vous ayez eu une volonté contraire, je vous ordonne de rendre ce qu'on vous a indûment payé, parce que la justice l'exige : voilà le seul langage digne de la loi.

On a peine à concevoir qu'un esprit aussi net que celui d'Heineccius, et d'autres jurisconsultes d un grand mérite, soient allés s'embarrasser dans cette fausse et inutile doctrine des fictions et des présomptions, comme si le législateur en avait besoin pour ordonner ce qui est juste.

16. Le Code a rejeté cette doctrine avec beaucoup de raison, en faisant dériver directement de la loi, quoiqu'à l'occasion d'un fait personnel de l'homme, les obligations de ce qu'on a coutume d'appeler, par la force de la routine, des *quasi-contrats.*

Mais il n'a pas été aussi heureux dans la définition qu'il en donne dans l'art. 1371. « Les » quasi-contrats sont les faits purement volon» taires de l'homme, dont il résulte un engage» ment quelconque envers un tiers, et quel» quefois un engagement réciproque des deux » parties. »

Cela est très-vrai; mais quels sont les faits volontaires de l'homme dont il résulte un engagement? Voilà ce que ne dit point cet article, et ce qu'il fallait dire pour nous faire connaître ce qu'il appelle des quasi-contrats : sa définition est donc imparfaite.

17. Les articles suivants se bornent à donner deux exemples de quasi-contrats : la gestion volontaire des affaires d'autrui, *negotiorum gestio,* et l'obligation de restituer ce qui a été indument reçu en payement, *condictio indebiti.* Mais il en existe d'autres (2) qu'on ne peut connaître qu'en remontant au principe commun à tout ce qu'on appelle des *quasi-contrats :* tâchons donc d'y remonter, et de suppléer ainsi à l'imperfection de la définition donnée par l'art. 1371.

18. En réfléchissant sur la source des obligations qui dérivent de ce qu'on appelle des *quasi-contrats*, c'est-à-dire, des obligations que la loi fait naître à l'occasion d'un fait licite de l'homme, on trouve qu'elles dérivent toutes de la loi sacrée de la propriété, ainsi que celles qui résultent des délits et des quasi-délits, dont nous parlerons dans le chapitre suivant.

19. Depuis l'établissement de la propriété permanente, l'un des principaux fondements de la société, la propriété ne se perd plus avec la possession de la chose; il faut le consentement du propriétaire : *Id quod nostrum est, sine facto nostro, ad alium transferri non potest.* (Loi 11, ff. *de reg. jur.* 50, 17.)

Telle est la loi générale de la propriété : tirez-en les conséquences. Il en résulte nécessairement que, quelle que soit la manière dont la chose qui m'appartient est passée en d'autres mains, sans que j'aie eu la volonté d'en transférer ou d'en abdiquer le domaine, le lien de la propriété qui l'attache à moi n'est point rompu ; elle continue de m'appartenir, et, par conséquent, j'ai le droit de la réclamer en quelques mains que je la trouve, à moins que la loi de la prescription, aussi établie pour l'intérêt et le repos de la société, n'ait éteint mon action. Le possesseur, quel qu'il soit, est obligé de me la rendre. Vainement alléguerait-il sa bonne foi, et qu'il n'a commis aucune faute; qu'il n'est contrevenu à aucune loi, pour s'en procurer la possession. Il y contreviendrait, en refusant de me la rendre; car, dès que la chose est à moi,

(1) L. 14, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6; loi 206, ff. *de reg. jur.*, 50, 17.

« Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento... fieri locupletiorem. »

(2) En raisonnant d'après l'art. 1371, on pourrait dire que, lorsqu'il n'y a point de contrat de mariage, les obligations que le titre 5 du livre 3 impose au mari, par suite de la communauté conjugale, dérivent d'un quasi-contrat; car elles naissent à l'occasion d'un fait purement volontaire, le mariage.

Mais on doit répondre qu'en consentant à s'unir par les liens du mariage, sans régler préalablement par un contrat les conditions de leur union, le mari et la femme contractent réellement, quoique tacitement ou implicitement, toutes les obligations tracées par la loi, pour condition de leur union; ils ont pris la loi pour contrat.

il est obligé de me la remettre; il y est obligé, sans qu'il soit intervenu aucune convention entre nous. Son obligation, fondée sur la loi, prend naissance à l'occasion du fait quelconque, quelque licite qu'il soit, qui a fait passer ma propriété entre ses mains, sans que j'aie eu l'intention de l'en gratifier : ce fait, quel qu'il soit, est donc ce que le Code appelle un *quasi-contrat*.

Mais, si le possesseur avait dépensé utilement des sommes pour conserver ou améliorer la chose d'autrui, la même loi de la propriété qui l'oblige de me rendre la chose, m'oblige de l'indemniser de ses dépenses; autrement, je m'approprierais injustement une portion de sa propriété (1).

20. D'après ces notions, dont la vérité paraît incontestable, il nous semble qu'au lieu de l'explication insignifiante que donne du quasi-contrat l'art. 1371, il faut, pour perfectionner ou compléter la doctrine du Code, transformer cet article en une disposition impérative, qui indique en même temps quels sont les faits d'où naît une obligation, et auxquels il donne la dénomination impropre de *quasi-contrats*, et dire en conséquence : « Tout fait licite quelconque de » l'homme, qui enrichit une personne au détri- » ment d'une autre (2), oblige celle que ce fait » enrichit, sans qu'il y ait eu intention de la » gratifier, à rendre la chose ou la somme dont » elle se trouve enrichie. »

Cette disposition, qui explique nettement la nature de ce qu'on appelle des *quasi-contrats*, et qui fait clairement connaître quels sont les faits obligatoires qu'on a ainsi nommés, complète la doctrine du Code par son parallèle avec l'art. 1382, qui, parlant des faits illicites, dit : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause » à autrui un dommage, oblige celui par la faute » duquel il est arrivé à le réparer. »

De même à l'égard des faits licites : « Tout » fait quelconque de l'homme qui enrichit une » personne au détriment d'une autre, sans qu'il » y ait eu intention de la gratifier, oblige celle » qui se trouve enrichie de rendre la chose ou » la somme tournée à son profit (3). »

Ces deux dispositions renferment tous les engagements ou toutes les obligations que la loi fait naître à l'occasion d'un fait personnel de l'homme, sans qu'il intervienne aucune convention. Il n'est plus besoin de les indiquer en particulier, ni de les énumérer. Vous êtes-vous enrichi? avez-vous profité par votre fait, ou par celui d'un tiers, aux dépens d'une autre personne sans que celle-ci ait eu la volonté de vous gratifier? vous êtes engagé, vous êtes obligé; et si vous l'êtes, il y a droit acquis à celui aux dépens de qui vous vous êtes enrichi. Plus de difficultés sur le point de l'engagement ou de l'obligation.

21. Mais il peut en naître sur l'étendue, les détails ou les accessoires de l'obligation : c'est à la loi ou au juge de lever ces difficultés. Le Code contient quelques dispositions relativement à deux faits obligatoires qu'on a toujours qualifiés de *quasi-contrats* : la gestion sans mandat des affaires d'autrui, et la répétition de ce qu'on a indûment payé. Commençons par expliquer ce qui concerne la gestion d'affaires.

Le droit romain s'en est beaucoup occupé; il y a même, dans le Digeste, liv. 3, tit. 5, un titre entier *de Negotiis gestis*, où l'on trouve résolues, suivant l'équité, un assez grand nombre de questions, mais où l'on trouve aussi malheureusement les subtilités trop ordinaires à cette législation sur la doctrine des actions.

22. Pothier a fait, par appendice au *Traité du Mandat*, un petit traité du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, mais dans lequel on ne trouve point l'exactitude ordinaire de ce grand jurisconsulte; il n'y définit point le quasi-contrat *negotiorum gestorum*; de plus, il l'établit sur un principe absolument inexact, dont la fausseté répand beaucoup d'obscurité sur plusieurs points de sa doctrine. Il suppose, n° 183, que, *suivant la subtilité du droit*, il faut, pour former ce quasi-contrat, et pour donner lieu à l'action accordée au gérant en répétition des frais de sa gestion, qu'il ait eu l'intention de gérer l'affaire de telle personne, et de répéter d'elle les frais de sa gestion.

23. Cette proposition, que Pothier n'appuie d'aucune loi, d'aucune citation, d'aucun raisonnement, nous semble aussi contraire à la raison et aux lois romaines qu'aux principes de notre Code civil. Ce n'est ni de l'intention de celui qui a géré l'affaire, ni de l'intention de celui dont l'affaire a été gérée, que viennent les obligations réciproques, dans ce qu'on appelle le quasi-contrat de la gestion d'affaire, mais de la loi, qui les fait naître à l'occasion du fait seul de la gestion, en vertu du grand principe d'équité ou de justice naturelle que personne ne doit s'enrichir au détriment d'un autre sans sa volonté. Aussi l'édit du préteur, qui introduisit dans le droit romain l'action *negotiorum gestorum*, n'exige point, pour l'accorder, l'intention de celui qui a géré l'affaire, mais uniquement le fait seul de sa gestion. *Si quis negotia alterius, sive quis negotia quæ cujusque, cum is moritur, fuerint*,

(1) Pothier, *du Mandat*, n° 167; Rolland, v° *Gestion d'affaires*, n° 3; Dalloz, v° *Mandat*, n° 16.

(2) Si l'on veut absolument conserver le mot inutile et impropre de *quasi-contrat*, il faut ajouter ici « est un quasi-contrat qui oblige, etc. »

(3) « Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento... locupletari. » (L. 206, ff. *de reg. jur.*, 50, 17.)

gesserit, judicium eo nomine dabo. (Loi 3, ff. *de negot. gest.*, 3, 5.)

Ulpien et les autres interprètes de l'édit n'exigent également, pour donner lieu à cette action, que le seul fait de la gestion de l'affaire, et non point l'intention du gérant de la gérer pour telle personne. Le jurisconsulte Africain, dans la loi dernière, ff. *de negot. gest.*, dit positivement que l'action a lieu contre celui qui, croyant gérer sa propre affaire, a géré la mienne; comme aussi il a la même action contre moi, si, par exemple, gérant une succession qu'il croyait lui appartenir, mais à laquelle j'étais seul appelé, il a donné pour acquitter les legs des choses qui lui étaient propres (1).

Il n'est donc pas vrai que, pour former ce qu'on appelle le quasi-contrat *negotiorum gestorum,* et pour donner lieu à l'action de ce nom, directe ou contraire, il soit nécessaire, *dans la subtilité du droit,* que le gérant ait eu l'intention de gérer l'affaire de telle personne.

La loi 6, § 3, au même titre, offre une preuve encore plus directe contre la prétendue nécessité de l'intention où doit être le gérant, selon Pothier, de gérer l'affaire de telle personne déterminée, pour donner lieu à l'action *negotiorum gestorum.* Julien enseigne, dans cette loi, que cette action a lieu contre celui qui a géré l'affaire, quand même, au lieu de vouloir la gérer pour le propriétaire, il aurait eu la volonté de la gérer pour lui-même, *deprædandi animo,* et de s'en approprier le profit. C'est même, dit-il, une raison de plus pour qu'il soit tenu de l'action. *Nihilominus, imo magis tenebitur negotiorum gestorum actione.* Et par conséquent, il aura l'action contraire pour répéter ses dépenses utiles, ou pour les faire entrer en compte, comme dans la loi d'Africain ci-dessus citée.

Bannissons donc sans retour cette fausse doctrine de la nécessité d'intention, pour donner lieu à l'action *negotiorum gestorum,* soit contre celui qui a géré l'affaire d'autrui, soit en sa faveur, soit qu'il l'ait gérée comme sienne par erreur, ou dans la mauvaise intention de s'en approprier le profit. La loi romaine, d'accord avec l'équité, donne une action contre lui dans tous les cas; comme aussi elle lui en donne une pour se faire indemniser des dépenses utiles qu'il a faites, ainsi que nous le verrons plus amplement dans la suite.

24. La doctrine de Pothier, sur la nécessité de l'intention que doit avoir le gérant de l'affaire d'obtenir le remboursement de ses impenses par l'action *negotiorum gestorum,* est non-seulement fausse et contraire au droit romain, elle est encore inutile; car cet auteur ne prétend pas que celui qui a géré l'affaire d'autrui, *sui lucri causa,* soit sans action pour répéter ses impenses; il prétend seulement qu'on n'a pas contre lui l'action *negotiorum gestorum,* mais l'action appelée en droit *in factum,* accordée par le préteur, en vertu de la seule équité; et il en vient à dire, n° 192, que dans notre jurisprudence française, qui n'admet point les subtilités du droit romain, la seule équité est suffisante pour produire une obligation civile, et par conséquent une action pour répéter les impenses jusqu'à concurrence de ce que le propriétaire en a profité : le Code a consacré ces principes. Qu'importe donc le nom que le droit romain donnait à cette action? Nous avons cru néanmoins devoir réfuter l'erreur de Pothier, parce que la réfutation des fausses doctrines est nécessaire pour préparer l'établissement et l'affermissement des nouvelles vérités (2).

25. Après avoir établi la nature des actions que fait naître la gestion des affaires d'autrui, et montré la véritable source de ces actions, examinons les dispositions du Code sur leur développement; mais remarquons auparavant que dans les principes du droit romain, si je n'avais pas ignoré qu'un tiers gérait mes affaires, cette connaissance d'un fait que je souffrais, au lieu de m'y opposer, formait entre nous un véritable mandat, par le consentement tacite des deux parties. *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.* (Loi 60, ff. *de reg. jur.* Junge *leg.* 6, § 2, et *leg.* 53, ff. *mandati,* 17, 1.)

Pothier, n° 180, pose donc comme un principe fondamental en cette matière, « qu'il faut, » pour le quasi-contrat, *negotiorum gestorum,* » que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un » l'ait faite à son insu. »

Les rédacteurs du Code civil, qui s'écartent si rarement de l'opinion de Pothier, ont ici abandonné ses principes et ceux du droit romain. Notre Code ne reconnait pas de mandat tacite, comme le faisait cette législation. L'article 1985 porte que le mandat peut etre donné par acte public ou sous seing privé, même par lettre. Il ajoute qu'il peut être aussi donné verbalement; mais il ne dit point qu'il peut être formé tacitement. La disposition finale de cet article dit seulement que « l'acceptation du » mandat peut n'etre que tacite. » Et cette disposition, ainsi mise en opposition avec l'acte du mandat ou la procuration, fait assez voir qu'elle est limitative, et que le Code n'admet point de mandat tacite. L'article 1372 ne laisse

(1) « Negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses; sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hæreditatem, quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses : quando quidem ea solutione liberare. » (L. 49, ff. *de negot. gest*, 3, 5.)

(2) *Voy.* Dalloz jeune, v° *Mandat*, p. 290, n° 1; Rolland de Villargues, v° *Gestion d'affaires*, n°s 16 à 20.

aucun doute sur ce point, puisqu'il met les engagements qui résultent de la gestion des affaires d'autrui, au rang de ceux qui se forment sans convention, *soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore.*

26. C'est un changement à l'ancien droit; mais ce changement est de peu d'importance dans notre droit français, où toutes les actions sont de bonne foi, et n'ont plus ces dénominations spéciales, d'où naissaient, dans le droit romain, tant de subtilités, si déraisonnables en apparence, mais originairement inventées par la politique des patriciens, comme un moyen de plus pour tenir les plébéiens dans la dépendance et l'assujettissement.

Cependant, ce retranchement du mandat tacite forme une disparate avec les autres contrats, tels que le louage, qui peuvent se former par le consentement tacite des deux parties; et la suppression inutile du mandat tacite, lequel est tout aussi conforme à la raison que la tacite réconduction, ne nous paraît fondée sur aucun motif. Mais il est très-indifférent, au reste, que l'exécution des engagements qui résultent de la gestion des affaires d'autrui soit poursuivie par l'action dite *negotiorum gestorum*, ou par l'action de mandat.

27. Voyons donc quels sont ces engagements, et quelle est leur étendue : ils sont du nombre de ceux qui, comme dit l'article 1371, peuvent quelquefois être réciproques pour les deux parties, c'est-à-dire qu'il peut naître des obligations, et par conséquent une action, non-seulement contre celui qui a géré l'affaire d'autrui, en faveur du propriétaire de l'affaire, mais encore contre ce dernier en faveur du gérant.

La première de ces actions était appelée, en droit romain, *action directe*, parce qu'elle avait pour objet direct de demander le compte dû par le gérant.

La seconde action était appelée *action contraire*, ACTIO CONTRARIA, parce qu'elle était formée contre l'action directe, en réponse au compte demandé. C'est, en quelque sorte, le chapitre de la décharge du compte. C'est ainsi que les Romains appelaient action directe de tutelle celle par laquelle le pupille demandait un compte à son tuteur; action directe de mandat, celle par laquelle le mandant demandait compte à son mandataire; et actions contraires de tutelle ou de mandat celles par lesquelles le tuteur ou le mandataire opposaient, à l'action de compte, ce qu'ils avaient à réclamer contre le pupille ou le mandant. Examinons d'abord les actions directes qui naissent de la gestion des affaires d'autrui.

Ces actions ont une grande analogie avec les actions du mandat. L'art. 1372, où se trouve le germe de toutes les obligations du gérant, dit même que « celui qui gère *volontairement* l'affaire d'autrui se soumet à toutes » les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès, que lui aurait donné le propriétaire. »

28. On peut demander d'abord ce que signifie ici cet adverbe *volontairement*; car celui qui gère l'affaire d'autrui en vertu d'un mandat la gère aussi volontairement. Il n'était pas obligé d'accepter le mandat. S'il y a consenti, c'est un acte de sa volonté seule : on ne peut donc se dissimuler que ce mot *volontairement* semble inutile, et présente quelque chose de louche; mais ce louche disparaît, si l'on fait attention que le mot *volontairement* n'a été inséré dans cet article que pour marquer la différence qui existe entre les obligations résultant de l'autorité *seule* de la loi, et celles que la loi fait naître à l'occasion d'un fait volontaire de l'homme, auxquelles on a donné le nom impropre de *quasi-contrats*. On n'en peut douter, quand on compare les différentes rédactions de l'article qui se sont succédé. Le projet de Code rédigé par la commission, portait, art. 3 du titre *des Engagements qui se forment sans convention* : « On » ne doit point mettre au nombre des *quasi-contrats* les engagements qui se forment *involontairement*, tels que ceux des tuteurs ou » des autres administrateurs, qui ne peuvent » refuser la fonction qui leur est confiée... » Dans tous ces cas, l'obligation ne résulte que » de l'autorité de la loi. »

L'art. 5 du même projet portait : « Celui qui » se charge *volontairement* de gérer l'affaire » d'un autre, soit qu'il l'ait fait au su ou à » l'insu du propriétaire, contracte l'engagement, etc... »

Il est évident que cette rédaction, mise en opposition avec l'art. 3, n'avait d'autre objet que de marquer la différence très-réelle établie entre les obligations résultant de l'autorité seule de la loi, et celles que la loi fait naître à l'occasion d'un fait volontaire de l'homme.

Ceci devient encore plus sensible, en consultant la rédaction présentée au conseil d'État par notre illustre compatriote, Bigot-Préameneu, et adoptée dans la séance du 16 frimaire an XII. L'art. 3 portait : « Ne sont point au nombre des » *quasi-contrats* les engagements formés *involontairement*, tels que ceux entre propriétaires voisins ou ceux des tuteurs... Dans tous » ces cas, l'obligation ne résulte que de l'autorité de la loi. »

L'art. 4 ajoutait, par opposition : « Lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'autrui, etc. »

Il est clair que ce mot *volontairement* n'a d'autre objet que d'indiquer la différence des engagements involontaires des tuteurs, etc., et des engagements de ceux qui prennent volontairement la gestion des affaires d'autrui, sans pouvoir y être contraints comme les tuteurs, etc.

Mais cette rédaction très claire, communi-

quée à la section de législation du tribunat, fut changée ainsi que l'ordre des articles, définitivement décrétés tels qu'on les trouve dans le Code. Les dispositions préliminaires et générales du titre 4, établissent, dans l'art. 1370, la différence des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, et de ceux qui en résultent à l'occasion d'un fait personnel de l'homme. Cet article ajoute que les premiers sont formés involontairement, tels que ceux des tuteurs, etc.

Puis, dans le titre *des Quasi-contrats*, l'article 1371 dit que « les quasi-contrats sont les » faits purement volontaires de l'homme, dont » il résulte un engagement quelconque envers » un tiers, etc. »

Et l'art. 1372 en donne un exemple dans la gestion des affaires d'autrui, en ajoutant : « Lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'au- » trui, etc. »

Ce mot *volontairement* n'est donc encore mis ici que pour indiquer la différence entre les engagements des tuteurs, qui sont involontaires, parce qu'ils résultent de la loi seule, et les engagements de *negotiorum gestor*, qui sont volontaires, en ce sens qu'il ne pouvait être contraint de gérer l'affaire.

Cette remarque n'est pas sans importance; car, en isolant la disposition de l'art. 1372, on pourrait en conclure qu'elle n'est pas applicable à celui qui a géré l'affaire d'autrui par erreur en croyant gérer la sienne; car, très-certainement, il n'a point géré l'affaire d'autrui volontairement : la rédaction de l'article serait donc plus nette, si l'on disait : Celui qui a géré sans mandat l'affaire d'autrui, etc. C'est, en effet, cette circonstance d'une gestion sans mandat qui caractérise ce qu'on appelle, en droit romain, le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

Au reste, nous l'avons déjà dit, soit que le gérant ait géré par pur esprit de bienveillance, avec l'intention de gérer l'affaire de celui qu'elle concernait et de répeter les frais de sa gestion ; soit qu'il l'ait gérée par erreur, croyant gérer l'affaire de Titius, quoique ce fut celle de Caius, ou même croyant gérer la sienne propre; soit enfin qu'il l'ait gérée de mauvaise foi, *deprædandi animo*, dans le dessein de s'en approprier les profits, il n'en est pas moins soumis, dans tous ces cas, *à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire*. L'article 1372 ne distingue point (1).

29. Mais ces obligations peuvent varier suivant la nature de l'affaire ou des affaires gérées, comme les obligations du mandataire varient suivant l'étendue du mandat et suivant l'affaire confiée à ses soins. Il y a des mandats généraux ou des procurations générales, qui s'étendent à toutes les affaires du mandant, et des procurations particulières, qui ne s'étendent qu'à certaines affaires. Ces affaires sont même presque toujours de nature très-différente, et la différence de leur nature met nécessairement de la différence dans les obligations du mandataire. Ainsi, par exemple, les obligations du mandataire chargé de la liquidation d'une succession sont plus étendues que celles d'un mandataire chargé de régir une terre ou une simple métairie. Les obligations du mandataire chargé d'une affaire, soit de commerce de terre, soit de commerce maritime, sont encore différentes en bien des points, etc., etc.

Il en est de même de celui qui gère les affaires d'autrui sans mandat. Le gérant peut s'être chargé de gérer plusieurs affaires d'un absent, ou une seule : *sive unum, sive plura*.

30. Mais, indépendamment de la variété que l'étendue et la nature des affaires peuvent mettre dans les obligations du mandataire ou du gérant sans mandat, il y a des obligations générales imposées à l'un ainsi qu'à l'autre. Ce sont celles-là principalement que nous devons expliquer d'après le Code. Et d'abord, « le manda- » taire, dit l'art. 1991, est tenu d'accomplir le » mandat, tant qu'il en demeure chargé, et ré- » pond des dommages-intérêts qui pourraient » résulter de son inexécution.

» Il est tenu de même d'achever la chose » commencée au décès du mandant, s'il y a » péril dans la demeure. »

Ces obligations sont communes au gérant sans mandat. Lorsqu'il s'est une fois volontairement chargé de l'affaire d'un absent, il est obligé d'achever cette affaire, dont il a commencé la gestion. « Il contracte, dit l'art. 1372, » l'engagement tacite de continuer la gestion » qu'il a commencée et de l'achever, jusqu'à ce » que le propriétaire soit en état d'y pourvoir » lui-même. »

31. Mais, à la différence d'un mandataire général, qui est tenu d'accomplir son mandat dans toute son étendue, et de gérer toutes les affaires qui s'y trouvent comprises, sous peine des dommages-intérêts du mandant, le gérant sans mandat n'est tenu d'accomplir que l'affaire dont il a bien voulu se charger, sans être obligé d'étendre sa gestion à une autre affaire, quand même les intérêts de celui dont il gère la première souffriraient de ce que cette autre affaire n'aurait pas été faite. Ses devoirs sont en cela différents de ceux d'un mandataire général, d'un tuteur ou d'un curateur : *Tutori, vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum, negotium alienum sponte gerit; quippe superioribus quidem necessitas muneris, administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque sufficit, si cui, vel in*

(1) C'est aussi l'opinion de Dalloz aîné, *Jurisprudence du XIXe siècle*, v° *Mandat*, p. 290, n° [illegible], et de Dalloz jeune, *Jurisprudence, eod. verbo*, n° 25.

paucis, amici labore consulatur. (L. 20, Cod., *de negot. gest.*, 2, 19 (1).)

32. Cependant, quoique celui qui a commencé de gérer l'affaire d'une personne ne soit pas obligé de gérer ses autres affaires, il est tenu à tout ce qui est une dépendance de celle qu'il a commencée, et à tout ce qui est nécessaire pour la terminer. Il doit, dit l'art. 1372, « se » charger également de toutes les dépendances » de cette même affaire. » Par exemple, s'il avait commencé de gérer une succession échue à une personne absente du lieu de l'ouverture, il devrait payer le droit de mutation dans le délai prescrit par la loi, pour prévenir le double droit; car il est obligé de conserver les droits relatifs à l'affaire dont il s'est chargé, dit le jurisconsulte Paul. *Si, vivo Titio, negotia ejus administrare cœpi, intermittere eo mortuo non debeo; nova tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare ac conservare necessarium est.* (Loi 21, § 2, ff. *de negot. gest.*, 3, 5.)

On peut conclure de là qu'il est tenu d'empêcher la prescription des droits dont il a pu avoir connaissance, lorsque le défaut de procuration ne l'empêche pas de le faire; par exemple, si, administrant un héritage de l'absent, il laissait prescrire, par le non-usage, un droit de passage (2).

33. « Il est aussi obligé de continuer sa ges- » tion, encore que le maître vienne à mourir » avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à » ce que l'héritier ait pu en prendre la direc- » tion. » (Article 1373.) C'est-à-dire, jusqu'à ce qu'il en ait eu connaissance. Ainsi, le gérant sans mandat, qui ne veut plus continuer sa gestion après la mort de celui en considération duquel il s'en était chargé, doit le déclarer à l'héritier, afin qu'il vienne prendre lui-même la direction d'une affaire qui désormais le regarde.

34. Nous avons dit que le gérant sans mandat n'était point, comme mandataire général ou un tuteur, tenu d'étendre sa gestion à d'autres affaires que celles dont il a bien voulu se charger. Ce principe très-vrai peut néanmoins avoir des exceptions. Julien en donne un exemple dans le cas où le gérant, s'étant annoncé pour faire, en général, toutes les affaires d'une personne, a détourné par là d'autres bienveillants de s'immiscer dans les affaires qu'il n'a point faites, et qui l'auraient été, s'ils ne s'en étaient pas reposés sur lui. *Videamus,* dit la loi 6, § 12, ff. *de negot. gest.* 3, 5, *in persona ejus qui negotia administrat, si quædam gessit, quædam non : contemplatione tamen ejus alius ad hæc non accessit, et si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit; an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri, et propter ea quæ non gessit? Quod puto verius.*

Cette responsabilité ne peut avoir lieu, sans doute, que dans des cas rares; mais enfin il peut s'en rencontrer, et c'en est assez pour qu'il soit nécessaire d'énoncer le principe qui, d'ailleurs, nous conduit à l'examen du second devoir qu'impose la loi au gérant volontaire sans mandat.

35. La loi citée exige de lui les soins d'un diligent père de famille : *vir diligens, quod ab eo exigimus.*

L'art. 1374 du Code civil dit aussi « qu'il est » tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous » les soins d'un bon père de famille. »

On doit lui appliquer la règle de justice éternelle, établie par l'art. 1383 : « Chacun est res- » ponsable du dommage qu'il a causé, non- » seulement par son fait, mais encore par sa » négligence ou par son imprudence. »

Le droit romain contient des dispositions très-sévères sur la responsabilité des gérants volontaires sans mandat. Il pose même en principe que c'est une faute de s'immiscer dans les affaires d'autrui : *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti.* (L. 36, ff. *de reg. jur.*, 50, 17.) Si ce n'est pas une faute quand on le fait par bienveillance ou par amitié, il n'en est pas moins vrai que c'est plus qu'une imprudence de se charger volontairement d'une affaire, quand on ne se sent pas la capacité et l'activité nécessaires pour n'y commettre aucune faute : c'était donc chez les Romains un principe élémentaire, que le gérant volontaire, *negotiorum gestor*, était tenu de la faute la plus légère : *Ad exactissimam diligentiam quisque compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.* (§ 1, Institut., *de oblig. quæ quasi ex contract.*, etc., 3, 28.)

36. Il n'y avait que les cas fortuits dont il ne répondait pas : *Negotium gerentes alienum... casum fortuitum præstare non compelluntur.* (L. 22, Cod., *de negot. gest.* 2, 19.)

Il peut même arriver que le gérant volontaire soit tenu des pertes qu'il a souffertes par cas fortuit, dans la gestion de l'affaire qu'il a faite pour autrui. La loi 11, ff. *hoc tit.*, 3, 5, nous en donne un exemple, dans le cas où il a entrepris, dans le nom de l'absent, une branche de commerce à laquelle celui-ci n'avait pas coutume de se livrer; par exemple, le commerce de mer. S'il arrive une perte par cas fortuit, l'absent peut, au lieu d'approuver l'entreprise, la laisser pour le compte du gérant; mais il doit la laisser entière. Si certaines parties de l'entreprise

(1) *Voy.* L. 3, § 2, ff. *de negot. gest.*, etc. Dalloz, *ubi supra*. *Voy.* aussi Rolland de Villargues, v° *Gestion d'affaires*, n° 3; Pothier, *du Mandat*, n° 169.

(2) Rolland, v° *Gestion d'affaires*, n° 34.

nouvelle ont donné du gain, d'autres de la perte, il doit compenser l'une avec l'autre ; et si, après la compensation, il reste du gain, il peut se l'approprier. S'il n'y en a point, il peut abandonner le tout au gérant, qui ne peut compenser le gain fait sur les affaires ordinaires de l'absent, avec la perte essuyée sur la nouvelle entreprise (1). C'est dans ces cas d'une nouvelle entreprise pour un absent qu'on applique dans toute sa rigueur la règle de droit : *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti.*

57. Au contraire, il y a des cas où le gérant sans mandat n'est obligé d'apporter dans sa gestion que de la bonne foi, et n'est pas tenu des fautes qu'il n'aurait commises que par simple imprudence ou même impéritie ; par exemple, en cas d'urgence, si les affaires de l'absent se trouvant abandonnées, et personne ne se présentant pour en prendre soin, une personne bienveillante, mais peu intelligente dans les affaires, en avait pris la gestion, pour ne pas les laisser péricliter et prévenir ses pertes : *Interdum*, dit Ulpien, *in negotiorum gestorum actione, Labeo scribit, dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquissimum esse, dolum duntaxat te præstare.* (L. 3, § 9, *hoc tit.*)

Remarquez que, pour ne rendre le gérant sans mandat responsable que de son dol, la loi exige qu'il y ait eu nécessité de s'immisçer dans les affaires de l'absent : *coactus, ne bona distrahantur.* Il ne faut pas surtout conclure de là que le gérant ne répond pas des fautes qui procèdent de sa négligence, lorsqu'il n'a pas eu la même négligence pour ses propres affaires. Les fautes de cette espèce sont, en ce cas, comprises sous le terme général de dol. Il est en effet contraire à la bonne foi, et c'est par conséquent une espèce de dol, de n'avoir pas des affaires d'autrui le même soin que l'on a des siennes.

58. Les principes du droit romain sur la responsabilité du gérant sans mandat sont conformes à ceux du Code civil, qui porte, art. 1374, « qu'il est tenu d'apporter à la gestion de » l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. »

Le même article ajoute : « Néanmoins, les » circonstances qui l'ont conduit à se charger » de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la *négligence* du gérant. »

Il résulte très-clairement de ces dernières expressions, que le principe général est que le gérant sans mandat répond de toutes ses fautes, si les circonstances ne sont pas assez fortes pour lui faire pardonner sa négligence ou son impéritie.

En cela, sa condition est la même que celle du mandataire, qui répond « non-seulement du » dol, mais encore des fautes qu'il commet » dans sa gestion (article 1992), sans distinction. »

Il existe même une raison de plus, et une raison très-forte contre le gérant sans mandat : c'est que le mandant a connu ou pu connaître le peu de capacité, le peu d'activité de son mandataire, et que s'il n'en a pas choisi un plus habile et plus actif, ce n'est qu'à lui-même qu'il peut l'imputer ; au lieu que l'absent n'a connu, ni pu connaître le caractère, ni la capacité de la personne qui s'est ingérée dans ses affaires, sans qu'il ait pu l'en empêcher. Le gérant sans mandat est seul en faute : *Culpa est se immiscere rei alienæ* (2).

59. Cette différence entre le mandataire et le gérant sans mandat peut faire naître une question importante, dont l'examen servira à développer le grand principe de l'incapacité des femmes mariées, lorsqu'elles ne sont point autorisées.

On peut choisir pour mandataires des femmes mariées et des mineurs émancipés ; mais alors le mandant n'a d'action contre ces mandataires que d'après les règles générales relatives aux obligations conventionnelles des mineurs, et contre la femme mariée *qui a accepté le mandat* sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre *du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux.* (Article 1990.)

En sorte que si la femme, si le mineur choisi pour mandataires, gèrent mal l'affaire dont ils se sont chargés, ou s'ils en dissipent le produit sans l'employer utilement, le mandant n'a d'action contre eux que jusqu'à la concurrence de ce qui a tourné à leur profit : *in quantum locupletiores facti sunt.* Si le mandant éprouve de la perte, il ne doit l'imputer qu'à lui-même : c'est sa faute d'avoir choisi un mandataire qu'il devait savoir incapable de s'obliger.

Mais en est-il de même du cas où des femmes mariées, non autorisées de leurs maris, s'ingèrent sans mandat dans les affaires d'un absent ? Faut-il leur appliquer les dispositions de l'article 1990 ?

Il est évident qu'il n'y a nulle identité de raison. La gestion de la femme n'a pu être empêchée par le maître absent, qui a ignoré cette gestion ; il n'y a rien à lui imputer : au lieu que

(1) « Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum præstare debes. Sed Proculus interdum etiam casum præstare debere : veluti si novum negotium quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novitios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero, absentem. Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet. » (L. 11, ff. *hoc tit.*, 3, 5.)

(2) Pothier, *Traité du mandat ;* Delvincourt, t. 3, p. 447, notes ; Rolland, nos 41, 42, 46.

s'il la choisit pour mandataire ; il sait ou doit savoir qu'elle est incapable de s'obliger sans autorisation. Il en est de même de tous les autres contrats qu'il consentirait à passer avec elle. Il n'a donc point à se plaindre de leur nullité, quand elle lui est opposée; il a bien voulu en courir les risques : la loi l'avait averti d'avance.

Mais cette loi, toujours juste, n'a prononcé l'incapacité de la femme non autorisée qu'à l'égard des contrats imprudemment passés avec elle. Celui qui a consenti à les passer sans consulter le mari commet une faute contre l'ordre social ; il blesse l'autorité maritale : la loi l'en punit en déclarant le contrat nul.

Au contraire, la loi n'a point étendu cette nullité aux obligations ou engagements qui, suivant l'art. 1370, se forment *sans qu'il intervienne aucune convention,* et qui naissent à l'occasion d'un fait personnel de la femme, que n'a pu empêcher celui envers qui elle est obligée. Il est évident que le législateur ne pouvait, sans une injustice révoltante, exiger l'autorisation du mari, pour la validité des engagements de cette espèce. Loin de l'exiger, l'art. 216 du Code dit positivement que « l'autorisation du mari » n'est pas nécessaire; lorsque la femme est » poursuivie en matière criminelle ou de police. »

Pourquoi cela? Parce que les engagements imposés à la femme par la loi, à l'occasion d'un fait qui cause du dommage à autrui, sont nécessairement et par leur nature valables sans l'autorisation du mari; qu'il y aurait même de l'absurdité à exiger cette autorisation pour leur validité : ce serait donner aux femmes mariées le privilége de causer du dommage à autrui, sans qu'on pût en obtenir la réparation. Elles en seraient quittes pour dire qu'elles n'étaient pas autorisées de leurs maris, et que rien n'a tourné à leur profit, ni à celui de leurs communautés.

Aussi remarquez que l'art. 1990, qui ne donne d'action contre les femmes mariées, lorsqu'elles ont géré les affaires d'autrui, que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à leur profit, exige que le mandat ait été *accepté* par elles sans autorisation. Cette disposition ne s'applique donc point au cas où elles ont géré sans mandat.

Pothier, *Traité de la Puissance maritale,* n° 50, après avoir rappelé que, suivant nos anciennes coutumes, la femme est incapable de toutes les obligations *conventionnelles,* qui naissent des contrats passés sans l'autorité de son mari, ajoute, avec raison : « Mais à l'égard des obli- » gations que nous contractons, sans aucun fait » de notre part, la femme est capable de ces » obligations, *comme toute autre personne,* sans » le consentement de son mari.

» Telles sont : 1° les obligations que nous » contractons, *ex quasi contractu,* par le fait » d'un autre, sans aucun fait de notre part; par » exemple, si, pendant l'absence du mari et de » la femme, une personne a fait des réparations » urgentes à une maison propre de la femme, » la femme est obligée envers cette personne » *ex quasi contractu negotiorum gestorum,* sans » qu'il soit nécessaire qu'il intervienne aucun » consentement de son mari.

» Telles sont : 2° les obligations que la loi ou » l'équité seule produit. La femme mariée est, » comme toute autre personne, capable de ces » obligations, sans que le consentement de son » mari soit nécessaire. »

Cependant, ce même auteur, *loco citato,* dit que la femme n'est pas capable des obligations qui naissent de quelque contrat que ce soit, *ou d'une gestion d'affaires.* Ainsi, suivant lui, par une contrariété inexplicable, la femme serait obligée envers celui qui a géré ses affaires, et elle ne le serait pas envers celui dont elle s'est ingérée de faire les affaires sans mandat, quoiqu'en le faisant elle commette aux yeux de la loi une faute que n'a pu empêcher celui qui en souffre, laquelle faute devient irréparable, si la femme est dégagée de tout compte, en alléguant qu'elle n'a profité de rien. Et pourquoi seraitelle obligée sans autorisation dans le premier cas, et non dans le second? Parce que, dit Pothier, il n'y a aucun fait de sa part, et qu'il y en a un dans le second, la faute de s'être immiscée d'elle-même dans les affaires d'autrui pour en dissiper le produit.

Mais c'est une raison de plus pour qu'elle soit obligée de réparer cette faute. Jamais la loi n'a dit ni pu dire que les obligations de la femme, qui naissent d'un fait de sa part, sont nulles faute d'autorisation : ce serait une absurde injustice. La femme est, comme toute personne, soumise à la règle générale que chacun est responsable du dommage qu'il a causé par son fait. (Art. 1382.) Une exception à cette règle d'éternelle sagesse, en faveur des femmes mariées, leur donnerait le singulier privilége de s'emparer du bien d'autrui, et de nuire sans aucune responsabilité. Il leur suffirait de dire qu'elles ont tout dissipé, et qu'elles n'étaient pas autorisées. La raison repousse une pareille doctrine.

Ce qui a induit Pothier en erreur, c'est, sans doute, l'impropre dénomination de *quasi-contrat,* qu'il assimile trop souvent à un véritable contrat, tant l'abus des mots peut égarer les meilleurs esprits! Mais il est certain que les engagements qui naissent à l'occasion de la gestion des affaires d'autrui sans mandat viennent de la loi; elles en viennent sans qu'il intervienne aucune convention ; et Pothier reconnaît que la femme mariée est capable des obligations qui viennent de la loi. Nous persistons donc à croire que la femme mariée qui fait la faute de s'ingérer dans les affaires d'autrui et d'en dissiper le produit est obligée d'en tenir compte sur

ses propres (1), quoiqu'elle n'ait pas été autorisée de son mari (2).

40. Mais en est-il de même des mineurs qui se sont immiscés sans autorité dans les affaires d'autrui, et qui ont dissipé le produit? L'affirmative ne paraît pas douteuse. L'âge des mineurs doit être protégé contre les surprises qu'on peut leur faire, contre leur trop grande facilité, et contre les erreurs où peut les entraîner leur inexpérience dans les affaires. Mais, loin de protéger leurs fautes et les actes qui causent à autrui un préjudice qu'on n'a pu empêcher, la loi doit, au contraire, les réprimer et même les punir. Tout ce que son indulgence peut faire en leur faveur est d'alléger la peine prononcée contre leurs délits. Mais, quant à la réparation du dommage qu'ils ont causé par leur fait ou par leur imprudence, elle est due en entier dans tous les cas. La loi en rend même leurs pères ou mères responsables en certains cas (article 1384); ce qui suppose nécessairement que les mineurs sont eux-mêmes obligés à cette réparation. Aussi, on a toujours enseigné qu'ils sont tenus de rapporter à la succession les sommes que leurs pères ou mères ont été obligés de payer pour eux, pour réparation civile, amendes et dépens de la procédure (3). Cette doctrine est suivie implicitement dans l'art. 851 du Code, qui dit « que le rapport est dû de ce » qui a été payé pour l'établissement de l'un » des cohéritiers, *ou pour le payement de ses* » *dettes* (4). »

41. L'obligation principale du gérant sans mandat est, comme celle du mandataire, de rendre compte de sa gestion. C'est l'action par laquelle le maître de l'affaire demande le compte que les Romains appellent *action directe*. Le compte doit comprendre tout ce qui lui est provenu à l'occasion de la gestion de mes affaires, tout ce qu'il a reçu pour moi, quand même ce serait une chose qui ne m'était pas due. Il suffit qu'il l'ait reçue en mon nom, pour qu'il soit tenu de me la rendre; il ne serait pas recevable à alléguer que cette chose ne m'était pas due, et qu'elle ne m'appartenait pas, pour se dispenser de me la rendre : *Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur*. (L. 23, ff. *de negot. gest.*, 5, 5.) C'est à moi que doit s'adresser celui qui l'a indument payée, puisque j'ai approuvé le payement qu'il en a fait à mon gérant.

Si, avant de rendre son compte, il remettait volontairement la chose à celui qui l'avait payée, il serait même obligé de prouver que cette chose ne m'était pas due, et qu'il ne pouvait se dispenser de la remettre; car le payement volontaire fait présumer qu'elle était due, tant que le contraire n'est pas justifié. (L. 25, ff. *de probat.*, 22, 5.)

Le compte doit également comprendre non-seulement les choses qu'a reçues le gérant, mais encore celles qu'il devait recevoir, et qu'il n'a pas reçues par sa faute, lorsque celui qui les devait n'est plus en état de les payer (5).

42. Il est surtout responsable de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il gérait les affaires, lorsqu'au temps de la gestion la dette était exigible. *Certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur*. (L. 6, § 12, *hoc tit.*)

Si donc le temps de la prescription de l'obligation dont il est débiteur venait à s'accomplir pendant le temps de la gestion, il ne serait pas recevable à l'invoquer, parce qu'il était obligé d'exiger la dette de lui-même, avant la prescription échue : *Si ex causa fuit obligatus quæ certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est, nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus*. (L. 8, *hoc tit.*)

Si celui qui gère mes affaires me devait une rente ou des intérêts annuels, il ne pourra m'opposer contre les arrérages qu'il doit, la prescription de cinq ans, accomplie pendant sa gestion. Ainsi, la prescription est interrompue pendant tout le temps de sa gestion, et elle ne peut reprendre son cours que pour les arrérages échus depuis qu'elle est finie, ceux qui sont échus antérieurement étant compris dans le compte qu'il doit, à l'exception de ceux dont la prescription était accomplie avant le commencement de sa gestion.

43. Le droit romain suivait avec tant de rigueur le principe que le gérant sans mandat, *negotiorum gestor*, est tenu d'exiger de lui-même ce qu'il doit à la personne dont il gère les affaires, qu'il l'appliquait au cas d'une dette qui ne devait point passer à ses héritiers, mais qui était devenue exigible avant sa mort : *Idem erit dicendum et in ea causa ex qua hæres non tenetur*. (L. 8, ff. *hoc tit.*)

Par exemple, je me suis rendu caution d'une somme que Titius devait à Caïus, mais sous la

(1) Si le mari avait tacitement approuvé sa gestion, si les fonds étaient entrés dans la communauté, il serait obligé de même que s'il avait autorisé sa femme.

(2) Domat, liv. 2, tit. 4, sect. 1, nº 10, p. 169, dit : « Si une femme s'était ingérée à la conduite des affaires d'une autre personne, à son insu, elle en serait tenue : car encore que les femmes ne puissent être nommées tutrices ni curatrices, elles entrent dans les engagements qui peuvent naître d'une administration où elles s'ingèrent. »

A l'appui de cette proposition, Domat cite la loi 3, § 1, ff. *de negot. gest.*, 3, 5, qui porte : « Hæc verba si quis, sic sunt accipienda, sive quæ : nam mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri, non dubitatur. » *Voy.* Bellot, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, p. 462; Vazeille, *du Mariage*, nº 326; Rolland, vº *Gestion d'affaires*, nº 27.

(3) *Voy.* les *Principes du droit* de Duparc-Poullain, t. 4, p. 210, nº 309.

(4) Rolland, *eod. verbo*, nº 30; Dalloz, vº *Mandat*, nº 44.

(5) Dalloz, vº *Mandat*, nº 39.

stipulation expresse que mon cautionnement serait éteint par ma mort, et ne passerait point à mes héritiers. J'ai depuis géré les affaires de Caïus, et, pendant ma gestion, Titius est devenu insolvable. Je meurs, et Caïus demande à mes héritiers la somme que lui devait Titius. Ils répondent que mon cautionnement est éteint par ma mort. Caïus réplique que je gérais ses affaires avant ma mort, et que Titius étant devenu insolvable pendant ma gestion, j'étais tenu, par l'obligation *negotiorum gestorum*, à laquelle ils ont succédé, d'exiger de moi-même cette obligation, qui, par conséquent, n'est point éteinte par ma mort. En effet, si, avant ma mort, Caïus avait agi contre moi, en vertu de mon cautionnement, j'aurais été obligé de payer. En qualité de gérant de Caïus, j'ai dû remplir cette obligation, *a me ipso exigere debui :* ma mort n'a donc point éteint mon obligation, qui passe à mes héritiers. Cette conséquence d'un principe reçu est exacte et adoptée par Pothier, nº 204.

44. Suivant le droit romain, le gérant débiteur de la personne dont il gère les affaires, est tenu de plein droit aux intérêts de la somme qu'il doit du jour de l'exigibilité de la dette, à moins qu'il n'en ait fait un emploi utile : *a semetipso cur non exegerit ei imputabitur, et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium.* (L. 6, § 12, et L. 38, ff. *hoc tit.*)

Notre droit français est plus indulgent; il n'assujettit le gérant sans mandat qu'aux obligations du mandataire. Or l'art. 1996 porte que « le mandataire doit l'intérêt des sommes » qu'il a employées à son usage, à dater de cet » emploi, et de celles dont il est reliquataire, à » compter du jour qu'il est mis en demeure. »

45. Telles sont donc aussi les obligations du gérant sans mandat. Mais à qui est-ce de prouver l'emploi de la somme reçue à l'usage du gérant?

En droit romain, c'était au gérant de prouver un emploi utile pour celui dont l'affaire était gérée. S'il voulait se dispenser de payer l'intérêt des sommes reçues, il devait représenter ses livres de comptes : *Si non intulit rationibus creditoris, cujus negotia gerebat.* (L. 38, ff. *hoc tit.*) Tous les citoyens étaient dans l'usage d'avoir des livres pour écrire leurs recettes et leurs dépenses, *tabulas accepti et expensi.* Cet usage n'existe point en France, et aucune loi n'assujettit ceux qui font les affaires d'autrui à tenir des livres, pas même les tuteurs. Aussi, que d'obscurités, d'omissions et d'infidélités dans les comptes! C'est donc à celui dont l'affaire a été gérée de prouver que le gérant a employé les sommes reçues à son usage.

46. Il en serait autrement encore, si la somme due par le gérant à celui dont il a fait les affaires produisait des intérêts. Elle continuerait d'en produire, s'il ne prouvait pas qu'il l'a colloquée utilement, parce que, dans le principe, la somme était employée à son usage, et qu'il n'a pas prouvé qu'elle a cessé de l'être (1).

47. L'action directe *negotiorum gestorum* peut être dirigée non-seulement contre celui qui a géré mes affaires par lui-même, mais encore contre celui qui les a fait gérer par un tiers qu'il en a chargé; car la gestion de ce tiers lui devient propre et personnelle, comme s'il l'eût faite lui-même, suivant la règle : *Qui mandat fecisse videtur.* Il doit donc en rendre compte et répondre des fautes du gérant qu'il a choisi : *Mandato tuo negotia mea Titius gessit; quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris; non in hoc tantum ut actiones tuas præstes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstes.* (L. 21, § *fin.*, ff. *hoc tit.*)

C'est même contre vous proprement que je dois diriger mon action; car c'est vous qui aviez l'intention de faire mes affaires. Le tiers que vous en avez chargé n'a eu d'autre intention que d'exécuter votre mandat.

Cependant, quoique ce soit principalement contre vous que j'ai l'action *negotiorum gestorum*, je puis aussi la diriger contre le tiers que vous avez chargé de mes affaires; car, pour être soumis à cette action, il n'est pas nécessaire d'avoir l'intention de gérer l'affaire de telle personne, plutôt que de telle autre; il suffit que l'affaire gérée soit réellement celle de celui qui demande le compte.

Ce que nous venons de dire est conforme aux règles établies pour le mandat. Le mandataire peut se substituer une autre personne dans la gestion qui lui est confiée; mais il répond de la gestion du substitut qu'il s'est choisi. Cependant, dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée (2). (Article 1994.)

48. Dans le droit romain, lorsque plusieurs mandataires s'étaient chargés d'une affaire par le même mandat, le mandant pouvait agir solidairement contre chacun d'eux (L. 60, ff. *mandati*, § 2, 17, 1), parce qu'en acceptant le mandat dans lequel la gestion n'était point partagée entre eux, chacun était censé se charger du total de la gestion.

Au contraire, si deux personnes ont géré sans mandat, chacune d'elles n'est tenue de l'action *negotiorum gestorum* que pour ce qu'elle a géré. Elle ne répond point solidairement de la gestion de l'autre, où elle n'a point pris part : ainsi le décide le jurisconsulte Modestin (L. 26, ff. *de negot. gest.*). Cette décision est parfaite-

(1) Rolland, vº *Gestion d'affaires*, nºs 43, 44, 45, 48 à 53.

(2) Rolland, *loc. cit*, nº 55; Dalloz, *ubi supra*, nº 64.

ment conforme à la raison, et doit d'autant plus être suivie, quoique le Code ne l'ait pas répétée, qu'il a eu la sagesse d'abroger l'injuste solidarité prononcée par le droit romain entre les mandataires. « Quand il y a plusieurs fondés de pou- » voir ou mandataires, dit l'art. 1995, établis » par le même acte, il n'y a de solidarité entre » eux qu'autant qu'elle est exprimée (1). »

49. La loi impose à celui dont les affaires ont été gérées utilement, quoique sans son ordre, différentes obligations envers le gérant, dont celui-ci peut réclamer l'accomplissement par l'action que les Romains appelaient *actio contraria negotiorum gestorum*, comme ils appelaient *actio mandati contraria*, *actio contraria tutelæ*, l'action par laquelle le mandataire ou le tuteur, mandataire légal du mineur, réclamaient ce qu'ils avaient déboursé à l'occasion de leur gestion. Nous avons vu ci-dessus que cette action du gérant sans mandat est, comme celle du tuteur, fondée sur la grande règle de justice naturelle que personne ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. Le maître de l'affaire gérée s'enrichirait aux dépens du gérant, s'il ne lui remboursait pas les dépenses nécessitées par sa gestion.

Il est bien évident que, pour exercer son action, le gérant doit commencer par rendre le compte de sa gestion, et communiquer toutes les pièces justificatives. Ce n'est que par ce compte que l'on peut connaître ce qu'il est en droit de demander pour les frais de sa gestion.

Ce compte doit être rendu dans la forme ordinaire de tous les comptes ; et si celui à qui il est présenté fournit des débats, le gérant doit y répondre, et il se forme alors une instance de compte.

Si l'oyant compte ne fournit point de débats, le gérant, après l'avoir mis en demeure d'en fournir, suit contre lui la condamnation de la somme qui lui est due par la balance du compte, pour les frais de sa gestion et pour les dépenses qu'il a été contraint de faire (2).

50. La première condition pour l'allocation des sommes réclamées par le gérant est qu'elles aient été dépensées utilement, et que le propriétaire n'eut pas manqué de le faire lui-même ; autrement, celui-ci peut désapprouver ce qui a été fait en son nom, et le gérant indiscret n'aura aucune action pour ses dépenses contre la personne dont il a si imprudemment fait les affaires sans la consulter : *Is enim negotiorum gestorum habet actionem, qui utiliter negotia gessit ; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quæ oneratura est patrem-familias adgreditur.* (L. 10, § 1, ff. *hoc tit.*, 3, 5.)

Je possède à la campagne une grande maison, un château que je n'habite ni ne compte habiter. Je n'y fais point de réparations, parce qu'elles sont trop dispendieuses et sans utilité, la situation du lieu ne me laissant pas espérer de trouver des locataires. Un officieux prétendu fait réparer cette maison ; je le désavoue : il n'aura point d'action contre moi. Ces réparations ne sont pour moi qu'une charge sans utilité : *Quid enim si eam insulam fulsit quam dominus, quasi impar sumptui, dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit* (Proculus), *dominum, secundum Labeonis sententiam.* (L. 10, § 1, *hoc tit.*)

Inutilement dirait-il qu'il croyait ces réparations utiles au propriétaire ; si réellement elles sont inutiles, il n'aura point d'action : *Quid si putavit se utiliter facere, sed patri-familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem.* (*Ibid.*) C'était au propriétaire à juger de l'utilité.

51. Mais si, au moment où l'affaire a été gérée, elle était indispensable ou utile, le propriétaire est irrévocablement obligé de payer ce qui est dû au gérant, quand même l'utilité aurait cessé depuis, ou se serait évanouie par cas fortuit ou force majeure. *Is autem*, dit Ulpien, *qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur ; sed sufficit si utiliter gessit, et si effectum non habuit negotium.* (L. 10, § 1, ff. *hoc tit.*)

Par exemple, si l'on a fait pour moi des réparations nécessaires à ma maison, quoiqu'elle ait été ensuite incendiée par le feu du ciel, je n'en demeurerai pas moins obligé de rembourser à celui qui les a fait faire les frais de sa gestion. C'est ce que décide la même loi : *Si insulam fulsit, vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum, et id Labeo probat* (3).

52. Mais Ulpien ni Labéon, ni aucun des interprètes du droit romain, ne nous donnent la raison de cette décision, parfaitement conforme à la justice. Elle n'est qu'une conséquence nécessaire des principes reçus sur l'extinction des obligations. Du moment où le gérant sans mandat a fait réparer ma maison utilement, ou fait toute autre affaire indispensable ou utile, l'obligation de le rembourser des frais de sa gestion est aussi parfaite que s'il était intervenu un contrat entre nous ; elle résulte de l'autorité de la loi, qui lui donne naissance à l'occasion de l'affaire utilement gérée pour moi, sans qu'il intervienne aucune convention, dit l'art. 1370. Or, cette obligation une fois existante et parfaite, comment un accident, que n'a pu prévoir ni empêcher le créancier, pourrait-il l'éteindre et libérer son débiteur? Ce n'est que dans le cas où un corps

(1) Rolland, *loc. cit.*, nº 56 ; Dalloz, nº 67. Pothier, *du Mandat*, nº 216.

(2) Pothier, *ibid.*, nº 226 ; Rolland, *loc. cit.*, nº 61.

(3) Delvincourt, t. 3, p. 448, note ; Rolland, vº *Gestion d'affaires*, nºs 62 à 65 ; Dalloz, vº *Mandat*, nº 73.

certain et déterminé est l'objet de l'obligation, qu'elle s'éteint par la perte du corps qui en était l'objet, arrivée sans la faute du débiteur. (Article 1302.)

Or, dans le cas proposé, l'objet de l'obligation n'est point un corps certain et déterminé, c'est une somme d'argent. L'obligation n'est donc point éteinte par un cas fortuit ou par un accident que le créancier n'a pu ni prévoir ni empêcher : rien n'est donc plus juste que cette décision.

Aussi Ulpien, dans la loi 3, § 7, ff. *de contraria tutelæ, et utili actione,* 27, 4, l'applique au tuteur qui a géré utilement une affaire de son pupille, quoique l'événement l'ait rendue inutile : *Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est.*

Cependant, par une disparate dont on ne voit pas la raison, le jurisconsulte Paul, dans la loi 37, § 1, ff. *de negot. gest.*, 3, 5, donne une décision contraire à l'égard de celui qui a géré, sans l'autorisation du tuteur, l'affaire d'un pupille. Il décide que ce n'est qu'au moment de la contestation en cause, qu'il faut considérer si l'affaire a été utile au mineur : *Litis contestatæ tempore quæri solet, an pupillus, cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cujus patitur actionem.*

Pothier, n° 224, trouve avec raison cette décision injuste, et pense qu'elle ne doit pas être suivie en France; mais il en donne des raisons qui ne paraissent pas sans réponse, tandis que celle que nous venons d'indiquer est décisive et sans réplique. L'obligation légale du mineur est parfaite et irrévocable du moment où son affaire a été utilement gérée : elle ne peut donc être éteinte par un événement que le gérant n'a pu ni prévoir ni empêcher, puisque ce n'est point un corps certain et déterminé qui est l'objet de l'obligation.

Inutilement opposerait-on la loi 37, *hoc tit.*: les lois romaines ont perdu en France leur autorité législative, elles n'en ont plus d'autre que celle de la raison. Y trouvez-vous des décisions contraires les unes aux autres, gardez-vous de faire de pénibles efforts pour les concilier; c'est perdre un temps précieux qu'on peut employer plus utilement. Voyez seulement celle qui est la plus raisonnable, et suivez-la sans hésiter, sans craindre de vous tromper (1).

53. Ce n'est point assez que les dépenses du gérant soient utiles pour l'autoriser à les réclamer, il faut encore qu'elles ne soient pas excessives : *Si quis aliena negotia gerens, plus quam oportet impenderit, recuperaturum eum id quod præstari debuerit.* (L. 25, ff. *hoc tit.*) Le plus ou le moins des dépenses est l'objet d'un débat (2).

54. Le gérant sans mandat n'est pas seulement autorisé à réclamer les sommes qu'il a déboursées; il est en droit de se faire indemniser des obligations qu'il a contractées pour sa gestion, quoiqu'il ne les ait pas encore acquittées. L'article 1375 porte :

« Le maître dont l'affaire a été bien adminis-
» trée doit remplir les engagements que le gé-
» rant a contractés en son nom, l'indemniser
» de tous les engagements personnels qu'il a
» pris, et lui rembourser toutes les dépenses
» utiles ou nécessaires qu'il a faites. »

Par exemple, s'il a fait des marchés avec des ouvriers pour réparer les maisons de la personne dont il faisait les affaires, et que, par ses marchés, il se soit obligé personnellement d'en payer le prix, le propriétaire de ces maisons doit l'indemniser, en faisant rapporter la quittance des créanciers envers qui le gérant s'est obligé, ou une décharge par laquelle ces créanciers l'accepteraient pour seul débiteur en la place du gérant. Faute de rapporter cette quittance ou cette décharge, ce dernier peut poursuivre le payement des sommes qu'il s'est obligé

(1) Rolland, v° *Gestion d'affaires*, n° 66; Pothier, *du Mandat*, n° 224.

(2) La lettre de l'art. 1999 du Code paraît défendre ce débat. Il porte :

« Le mandant doit rembourser au mandataire les avan-
» ces et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du
» mandat, et lui payer ses salaires, lorsqu'il en a été
» promis.

» S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire,
» le mandant ne peut se dispenser de faire ces rembour-
» sements et payements, lors même que l'affaire n'au-
» rait pas réussi, *ni faire réduire le montant des frais*
» *et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être*
» *moindres.* »

Malleville, sur cet article, dit que sa disposition finale est conforme à la loi 27, § 4, ff. *mandati*, 17, 1, et que cependant cela doit s'entendre avec mesure; car, ajoute-t-il, si les dépenses étaient évidemment exorbitantes, elles tomberaient dans le cas de la faute dont le mandataire est tenu.

Cette assertion sur la conformité de l'article avec la loi citée n'est pas exacte; la loi exige seulement que les dépenses soient faites de bonne foi, et ne veut pas que le mandant puisse alléguer vaguement qu'il eût pu gérer l'affaire à meilleur marché, s'il l'avait gérée lui-même :

« Impendia, mandati exequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omni modo debent; nec ad rem pertinet quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. »

Ainsi, suivant cette loi, le mandant ne pourrait point alléguer en masse que les dépenses sont trop fortes, et qu'il eût pu les faire à meilleur marché, s'il les avait faites lui-même. Mais si, entrant dans les détails, il soutenait que le prix des matériaux est enflé, que le salaire des ouvriers excède le prix qu'on est dans l'usage de leur accorder, etc., etc., il devrait être écouté; loin de la défendre, le texte de la loi favorise cette prétention; car en ce cas, les dépenses ne seraient plus faites de bonne foi. C'est aussi de cette manière qu'il faut entendre l'art. 1999, lequel, ainsi interprété est conforme à la loi citée, dans le sens de Malleville. Elle ne veut autre chose, si ce n'est que les chicanes d'un mandant contre un mandataire de bonne foi ne soient pas écoutées.

personnellement de payer. (Pothier, n° 228.) Cependant, si les créanciers avaient accordé un terme au gérant, le propriétaire pourrait en profiter, en donnant caution à celui-ci d'acquitter la dette à l'échéance de son exigibilité (1).

33. Il nous reste à examiner une question qui divisait les anciens jurisconsultes romains, et qui fut décidée solennellement par Justinien, dans l'une des cinquantes décisions données par cet empereur pour dissiper les doutes qui s'étaient élevés avant lui sur différents points de jurisprudence. Il s'agit de savoir si le gérant sans mandat, *negotiorum gestor*, peut réclamer ses frais de gestion et ses avances, lorsqu'il a géré une affaire depuis, et malgré la défense formelle que lui en a faite le propriétaire. Les uns pensaient qu'il devait avoir, pour les répéter, sinon l'action *negotiorum gestorum*, au moins une action utile fondée sur l'équité: les autres lui refusaient toute espèce d'action. Justinien consacra l'opinion de ces derniers : *Si quis, nolente et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabitur, si pro expensis, quæ circa res factæ sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem; quam quibusdam pollicentibus, directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Julianus fuit, hoc decidentes sancimus; si contra dixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Juliani sententiam, nullam esse adversus eum, vel directam, vel utilem contrariam actionem : scilicet post denuntiationem quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res ejus attingere, licet res bene ab eo gestæ sint.* (L. 24, Cod., *de negot. gest.*, 2, 19.)

Cette décision solennelle, conforme à l'opinion de Julien (2), d'Ulpien, de Paul et de Pomponius, nous paraît aussi juste que conforme aux principes de droit. Cependant elle a été critiquée par le glossateur Martin (3), suivi par quelques auteurs, et entre autres par notre célèbre Pothier (n° 184), sous prétexte qu'elle est contraire à l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Mais ces auteurs se sont trompés. La règle qu'ils invoquent ne peut avoir aucune application au cas proposé. Sans doute l'équité naturelle ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui; mais pour faire l'application de cette grande règle de morale et de justice naturelle, la raison et la loi exigent deux conditions, comme l'a très-bien dit Pomponius : *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.* (L. 206, ff. *de reg. jur.*)

Sans ces deux conditions, la règle qu'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui est absolument fausse. Or aucune de ces conditions ne se rencontre dans le cas où l'on s'immisce dans les affaires d'autrui, contre sa défense formelle et spéciale. C'est une faute, en général, de s'immiscer dans les affaires d'une personne sans sa volonté : *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti.* (L. 36, ff. *de reg. jur.*) C'en est une impardonnable de s'y immiscer non-seulement contre sa volonté, mais encore contre sa défense formelle et spéciale. Une pareille action n'a point d'excuse. Si celui qui la commet en éprouve de la perte ou du dommage, ce n'est qu'à lui seul qu'il peut l'imputer. *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, intelligitur damnum sentire.* (L. 203, ff. *de reg. jur.*)

Est-ce ma faute, si vous avez fait pour moi des dépenses que je désapprouvais? Je vous l'avais défendu; je vous avais prévenu que je ne voulais ni les faire ni les rembourser; je ne voulais rien avoir à démêler avec vous. Ne vous en prenez donc qu'à vous-même si la faute que vous avez faite vous occasionne quelque perte. Je ne suis point tenu de vous rembourser.

Mais, dites-vous, ce que vous m'avez fait m'est utile; je ne puis m'enrichir à vos dépens. Je vous ai déjà dit que vous ne pouvez vous en plaindre; j'ajoute que vous n'avez pu raisonnablement avoir d'autre intention, si ce n'est celle de me gratifier, en faisant pour moi une dépense que je vous avais défendu de faire.

C'est ainsi que celui qui, sachant ne pas devoir une somme, me la paye en pleine connaissance de cause, ne peut la répéter, quand même il aurait eu intérieurement l'intention de le faire : *Quod quis sciens indebitum dedit, hac mente ut postea repeteret, repetere non potest* (L. 50, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6), parce qu'il est censé m'en avoir fait don, suivant la règle admise par le Code, ainsi que nous le verrons bientôt : *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* (L. 53, ff. *de reg. jur.*)

Vous ne pouvez donc, à plus forte raison, avoir aucun principe d'action pour répéter la somme que vous avez dépensée contre ma défense formelle.

Mais enfin, et c'est ici la dernière objection que l'on peut faire, le possesseur de mauvaise foi, *prædo*, qui fait des dépenses utiles sur le fonds d'autrui, est autorisé à les répéter, quoi-

(1) Il peut même réclamer les intérêts des sommes qu'il a avancées. Delvincourt, t. 3, p. 447, note; Pothier, *du Mandat*, n° 228; Rolland, *ubi supra*, n°s 68, 69.

(2) De Julien, qui était, comme l'assure Justinien, *omnium conditorum juris qui olim claruerunt, prudentissimus.* (L. 3, § 18, Cod., *de veteri jure enucleando*, 1, 17.) C'est Julien qui était l'auteur de l'édit perpétuel. Elle est aussi adoptée par Rolland de Villargues, v° *Gestion d'affaires*, n° 22.

(3) *Voy.* Edmond Merille sur les cinquante décisions de Justinien, chap. 33.

qu'il doive s'en imputer la faute : *Prædo autem de se queri debet qui sciens in rem alienam impendit.* Cependant la loi 38, ff. *de hæred. pet.*, 5, 3, dit qu'il est plus humain de lui rembourser ces dépenses, parce que le demandeur ne doit pas s'enrichir de ses pertes : *Benignius est in hujus quoque persona haberi rationem impensarum : non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere.*

Donc le *negotiorum gestor*, qui a géré une affaire utilement contre la défense du propriétaire, doit être entendu à répeter ses dépenses et frais de gestion, afin que le propriétaire ne s'enrichisse pas à ses dépens.

Je nie la conséquence, et je réponds, avec un grand jurisconsulte déjà cité (1), qu'il y a une différence essentielle entre le cas du possesseur de mauvaise foi, qui fait des dépenses utiles à l'insu du propriétaire, et le *negotiorum gestor*, qui fait des dépenses en gérant une affaire, malgré la défense formelle du propriétaire. Le possesseur de mauvaise foi, *prædo*, n'a pas l'intention de gérer l'affaire d'autrui, mais la sienne propre : il serait absurde de lui supposer l'intention de gratifier le propriétaire qu'il cherche frauduleusement à dépouiller et de lui faire don des impenses utiles qu'il a faites. Au contraire, celui qui gère l'affaire d'autrui contre la défense expresse et spéciale du maître n'a pas l'intention de gérer sa propre affaire : il ne peut donc avoir d'autre intention qu'il puisse honnêtement avouer, que celle de gratifier le propriétaire. L'intention de réclamer ses dépenses, malgré la défense du maître, tendrait à lui faire un jour un procès : ce serait prêter au gérant un dessein très-blâmable (2).

La décision de Justinien est donc conforme à la justice et aux principes du droit; elle nous paraît devoir être suivie, surtout sous l'empire du Code, dont les dispositions sont d'ailleurs moins favorables que le droit romain au possesseur de mauvaise foi, *prædoni*, comme on peut le voir par l'article 555 (3).

56. Les payements d'une chose non due, et qu'est obligé de rendre celui qui les a reçus par erreur ou sciemment, sont le second exemple donné par le Code, des obligations que la loi fait naître sans convention, à l'occasion d'un fait de l'homme, et qu'il appelle des *quasi-contrats* (4).

Le droit romain donnait à celui qui avait fait ces payements l'action en répétition, appelée *condictio indebiti*, sur laquelle on trouve, dans le Digeste, un titre entier, lib. 12, tit. 6, *de condictione indebiti*. Pothier en a fait un petit Traité qu'il a mis à la suite des contrats de bienfaisance. Telles sont les sources où le Code a puisé les dispositions que nous allons expliquer.

57. L'art. 1376 porte : « Celui qui reçoit par » erreur ou *sciemment* ce qui ne lui est pas dû » s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a in» dûment reçu. »

L'art. 1377 ajoute : « Lorsqu'une personne » qui, par *erreur*, se croyait débitrice, a ac» quitté une dette, elle a le droit de répétition » contre le créancier. »

De ces deux articles corrélatifs, l'un énonce l'engagement de celui qui a reçu ce qu'on ne lui devait pas; l'autre le droit de celui qui a payé ce dont, par erreur, il se croyait débiteur.

58. Le premier est dans tous les cas tenu de restituer, soit qu'il ait reçu par erreur et de bonne foi, soit qu'il ait reçu *sciemment*, sachant qu'il ne lui était rien dû. Il peut même, dans ce dernier cas, y avoir une raison de plus pour l'obliger à la restitution, s'il y a eu de la mauvaise foi de sa part.

Dans l'un et l'autre de ces deux cas, son obligation dérive de la loi de la propriété, de cette grande règle d'équité naturelle, que nous avons expliquée *supra*, nº 55 : *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.* (L. 206, ff. *de reg. jur.*)

Il est bien évident que celui qui reçoit en payement une chose qu'on ne lui doit point, d'une personne qui, par erreur, s'en croyait débitrice, s'enrichirait sans droit et au détriment d'autrui, *cum injuria et detrimento alterius*, s'il n'était pas obligé de la rendre.

Inutilement objecterait-on qu'il l'a reçue du propriétaire, qui lui en a transféré la propriété volontairement et par son fait (5); car le propre de la tradition était de transférer la propriété avec la possession. (*Voy.* Instit., § 40, *de rerum divis.*)

La réponse est que, même en droit romain, où cette maxime est puisée, elle n'était vraie que dans les cas où le propriétaire avait fait la tradition en vertu d'un titre ou d'une juste cause. (*Ibid.*) Mais la simple tradition ne transférait jamais la propriété, si elle n'était précédée d'une juste cause : *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si... aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.* (L. 31, ff. *de adquir. rerum dom.*, 41, 1.) A plus forte raison, sous l'empire du Code civil, où la tradition n'est plus au nombre des moyens

---

(1) *Voy.* Edmond Merille sur les cinquante décisions de Justinien, chap. 33, nº 10.

(2) *Sic* Duranton, t. 6 (XII, éd. fr.), nº 19, et t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 653. Si une personne s'est immiscée dans les affaires d'une autre, nonobstant l'opposition formelle de celle-ci, il n'y a pas gestion d'affaires. Une personne ne peut être obligée malgré elle; toutefois il y aura lieu à la répétition des frais faits par le gérant jusqu'à concurrence de ce dont le maître se sera enrichi. (Pothier, nº 182.)

(3) *Voy.* aussi Delvincourt, t. 3, p. 447, note.

(4) Instit., § 6, *de oblig. quæ quasi ex contractu*, 3, 28.

(5) « Id quod nostrum est, sine facto nostro, ad alium transferri non potest. » (L. 11, ff. *de reg. jur.*)

d'acquérir et de transférer la propriété. (*Voy.* art. 711.)

Or, dans le cas d'une chose donnée en payement par erreur, nulle juste cause ne précède la tradition. Il n'existe ni consentement ni volonté de transférer la propriété; *car il n'y a point de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur*. (Art. 1109.) Le payement reste donc sans cause, et ne peut par conséquent *avoir aucun effet*. (Art. 1131.) Celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû, d'une personne qui, par erreur, s'en croyait débitrice, n'a donc ni titre ni droit pour le retenir. La loi l'oblige à le restituer (art. 1376), et donne à la personne qui a payé le droit de répétition. (Art. 1377.) Ces dispositions ne sont, *comme on voit*, que des conséquences directes et nécessaires de la loi de la propriété. C'est d'elle que naissent, d'un côté, l'obligation de rendre, imposée à celui qui a reçu ce qu'on ne lui devait pas; et de l'autre côté, le droit accordé à celui qui a payé ce que, par erreur, il croyait devoir : le droit de répéter la chose (1).

59. Mais remarquez que la répétition n'est accordée que sous deux conditions : la première, que la chose payée ne fût pas due; la seconde, qu'elle ait été payée par erreur.

Si la chose était due, inutilement celui qui l'a payée prétendrait-il, pour la répéter, qu'il ne l'a payée que par erreur. Le créancier a, dans ce cas, une juste cause pour la retenir, puisqu'il n'a reçu que ce qui lui appartenait : *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit*. (L. 44, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.) Cette cause ayant précédé le payement, il est devenu propriétaire incommutable de la chose donnée; il a en sa faveur titre et possession. Sur quel fondement le débiteur pourrait-il donc répéter ce qu'il devait après l'avoir payé? Si la dette était exigible lorsque le payement a été fait, le créancier pouvait contraindre le débiteur à payer : qu'importe donc qu'il ait payé par erreur, ou sciemment et volontairement?

Si la dette n'était pas encore exigible, mais à terme, il pouvait avoir intérêt à ne pas payer avant l'échéance; mais il n'en est pas moins vrai que la dette existant, l'engagement était parfait et irrévocable. « Le terme diffère de la » condition, dit l'article 1185, en ce qu'il ne » suspend point l'engagement, dont il retarde » seulement l'exécution. »

La chose est donc due malgré le terme; et si c'est un corps certain, la propriété en appartient irrévocablement au créancier, avant le terme. S'il le reçoit en payement avant l'échéance, il n'acquiert que la possession, qui, réunie à la propriété, est le titre le plus fort que l'on puisse avoir. Sur quel prétexte le débiteur qui a payé pourrait-il donc fonder son droit de répétition? Sur ce qu'en payant avant l'échéance du terme, il a payé ce qu'il ne devait pas, suivant l'axiome vulgaire : *Qui a terme ne doit rien*, tiré de la loi 41, ff. *de verb. oblig.* Mais cet axiome, fondé sur l'équivoque du mot *devoir*, ne signifie pas qu'avant le jour de l'échéance du terme la dette ou l'obligation n'existe point, mais seulement qu'elle n'est pas exigible, que le créancier n'a point d'action pour en exiger le payement actuel (2).

Il est vrai que le payement d'avance de la chose due à terme, surtout si le terme est éloigné, peut causer quelque préjudice au débiteur, en le privant de la jouissance et des fruits de la chose. Mais ceux qui éprouvent quelque dommage ne peuvent s'adresser, pour le faire réparer, qu'à celui par la faute duquel il est arrivé. (Art. 1382.) Ainsi le débiteur qui a fait la faute de payer d'avance et avant le terme ne peut imputer qu'à lui-même le préjudice qu'il en souffre.

S'il alléguait qu'il n'a payé que par erreur, on lui répondrait que cette erreur est une faute qui est personnelle, et qui ne peut nuire qu'à celui qui l'a commise, et non pas à un créancier de bonne foi, qui n'a reçu que ce qui lui appartenait légitimement; ce qu'il ne pouvait refuser, puisqu'on peut payer avant terme; et enfin ce qu'il a peut-être déjà consommé de bonne foi : *meum recepi*.

C'est donc avec beaucoup de raison que nos lois françaises, ainsi que le droit romain, rejettent la répétition des payements avant terme : « Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé » avant l'échéance du terme; mais ce qui a été » payé d'avance ne peut être répété. » (Art. 1186.) Le créancier qui a reçu d'avance n'est pas même obligé de faire raison au débiteur de l'intérêt ou des fruits, pour le temps qui s'écoulera entre le payement et l'échéance du terme.

La disposition de l'art. 1186 s'applique aux cas des longs termes, même au terme de la mort du débiteur : *Si, cum moriar, dare promisero, et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait, quæ sententia vera est.* (L. 17, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.)

Il faut excepter les cas où le créancier aurait usé de dol pour induire le débiteur en erreur, et le faire payer d'avance (3).

60. Il ne suffit donc pas, pour obtenir la répétition de ce qu'on a payé, de l'avoir payé par erreur, lorsque la chose était due, quoiqu'à un terme très-éloigné. L'art. 1377 n'accorde cette répétition, comme nous l'avons déjà observé, que sous deux conditions : la première, que la

(1) Dalloz, v° *Répétition*, n° 2; Rolland, *eod. verbo*, n° 3, et Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 677.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 3 (VI, éd. fr.).

(3) Rolland, n°s 8, 9, 10 et 11; Dalloz, *eod. verbo*, n° 14; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n°s 687, 688.

chose ne fût pas due ; la seconde, qu'elle ait été payée *par erreur*. L'existence de ces deux conditions est en effet nécessaire pour établir que le payement a été fait sans cause.

Si la chose n'était pas due, et que néanmoins celui qui savait n'en être pas débiteur l'ait payée *sciemment* et volontairement, il perd le droit de la répéter, parce qu'en ce cas il n'est pas prouvé, il est même impossible de prouver que le payement a été fait sans cause. Celui qui l'a fait peut avoir eu l'intention de gratifier celui qui l'a reçu. La loi le présume : *Cujus per errorem dati repetitio est ejusdem consulto dati donatio est.* (L. 53, ff. *de reg. jur.*)

La conséquence que tirent les lois de cette présomption raisonnable est de refuser le droit de répétition à celui qui a payé *sciemment* et non *par erreur* ce qu'il ne devait pas, et cette conséquence est naturelle : *Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens et non debere solvit, cessat repetitio.* (L. 1, ff. *de condict. indeb.* 12, 6.)

La loi 9, Cod., *de condict. indeb.*, 4, 5, dit aussi : *Indebitum solutum sciens non recte repetit* (1).

61. Notre Code a suivi ces principes. Il suffit, pour s'en assurer, de comparer la rédaction de l'art. 1377 avec celle de l'article précédent, qui parle de l'obligation de restituer ce qu'on a indûment reçu. « Celui qui reçoit *par erreur* ou » *sciemment* ce qui ne lui est pas dû s'oblige à » le restituer. » (Art. 1376.)

L'art. 1377, au contraire, qui énonce les conditions auxquelles est attaché le droit de répétition, affecte de retrancher le mot *sciemment*, et dit : « Lorsqu'une personne, qui, *par* » *erreur*, se croyait débitrice, a acquitté une » dette, elle a le droit de répétition contre le » créancier. » Donc elle n'a point ce droit, si elle n'a pas payé *par erreur*, mais *sciemment* (2). Tel est le véritable sens de cet article, qui n'a fait que consacrer les décisions du droit romain, conformes d'ailleurs à la raison (3).

62. Le payement que l'on fait d'une chose qu'on sait ne pas devoir a nécessairement une cause ; car l'homme ne se détermine pas sans motif. Or, quel peut être le motif de celui qui paye ce qu'il sait ne pas devoir? De faire un prêt à celui qui reçoit? Non ; car il le tromperait en ne le lui déclarant pas, et cette tromperie ne peut être un principe d'action pour répéter ce qu'il a donné. C'est à titre de payement qu'il a donné la chose qu'il savait ne pas devoir. Or l'effet ordinaire du payement est de transférer la propriété et la possession de la chose, de se dessaisir de tous les droits que l'on avait sur cette chose, en faveur de celui qui la reçoit. Si j'ai reçu de vous une chose que vous saviez ne pas me devoir, j'ai donc dû croire que vous m'en transfériez la propriété ; en un mot, que vous me la donniez, que vous vouliez exercer envers moi une libéralité, qui est la cause réelle, la seule cause probable de tout payement fait *sciemment* d'une chose qu'on savait ne pas devoir.

Il en est encore de même si j'ai reçu le payement, croyant que la chose m'était due, sans que vous m'ayez désabusé. On doit croire en ce cas que vous avez voulu me gratifier, en déguisant avec délicatesse votre don sous le titre d'un payement, plutôt que de penser que vous avez voulu me tromper, en me faisant, sous le même titre, un prêt exigible à volonté, et par conséquent très-onéreux. Aussi Pomponius refuse le droit de répétition à celui qui, sachant ne pas devoir une chose, la paye néanmoins volontairement, mais avec la restriction mentale de la répéter dans la suite : *Quod quis sciens indebitum dedit, hac mente ut postea repeteret, repetere non potest.* (L. 50, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.)

Il n'y a donc rien de contraire à la raison dans cette présomption légale de donation, qui empêche la répétition. Sur quoi, en effet, pourriez-vous la fonder? Vous ne pourriez invoquer la grande règle de justice naturelle, que personne ne peut s'enrichir au détriment d'autrui. Nous avons vu qu'elle n'est applicable que dans les deux cas où l'on s'est enrichi : 1° *cum detrimento;* 2° *cum injuria alterius.*

Or, dans les cas où vous avez payé *sciemment* et volontairement ce que vous ne deviez pas, vous n'éprouvez aucun détriment, puisque vous l'avez bien voulu : *Damnum quod quis ex sua culpa sentit, sentire non intelligitur.* (L. 203, ff. *de reg. jur.*) Si votre propriété a passé à une autre personne, c'est par votre fait.

Vous n'avez à vous plaindre d'aucun tort, d'aucune injure ou injustice : *nulla injuria est quæ in volentem fiat.* (L. 1, § 5, ff. *de injuriis*, 47, 10.) De quelque manière qu'on envisage la question, la raison, d'accord avec la loi, dit que vous ne pouvez, sous aucun prétexte, répéter ce que vous avez payé volontairement, sachant que vous n'en étiez pas débiteur. Vous ne pouvez le répéter, comme le dit l'art. 1377, que dans le cas où vous l'avez payé *par erreur*, parce qu'alors il est démontré que le payement est sans cause.

63. Il faut même remarquer que le Code ne

(1) Rolland, *loc. cit.*, nos 55, 56 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), no 680.

(2) Cet argument paraît d'abord se réduire au fameux brocard : *Qui dicit de uno negat de altero*; et, s'il était isolé, il n'aurait aucune force par lui-même ; mais ici il devient décisif par l'opposition marquée qu'ont mise les législateurs entre la rédaction de cet art. 1377 et celle du précédent, et encore par la considération que notre interprétation ne fait qu'énoncer une maxime tirée du droit romain, et conforme à la raison.

(3) *Voy.* Rolland, *ibid.*, no 53 ; Dalloz, *eod.*, no 47.

distingue point ici entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, comme il le fait, article 2052, à l'égard de la transaction, que l'erreur de fait, et non l'erreur de droit, rend nulle, et à l'égard de l'aveu judiciaire, dans l'art. 1356. Nous en avons dit la raison, tom. 5 (V, éd. fr.), n° 75, où nous croyons avoir prouvé que le Code n'a point fait d'autres exceptions au principe que l'erreur de droit, lorsqu'elle est prouvée, rend le consentement nul, aussi bien que l'erreur de fait.

Il avait existé, entre les interprètes du droit romain, une grande controverse sur le point de savoir si la répétition est admise, lorsque le payement n'a été fait que par erreur de droit. Toute l'ancienne école pensait que l'erreur de droit ne s'opposait point à la répétition de ce qu'on avait payé sans le devoir.

Cujas, chef de la nouvelle école, et ses sectateurs, au nombre desquels on compte Voet, lib. 12, tit. 6, n° 7, et Pothier, *Traité de l'action* DE CONDICTIONE INDEBITI, embrassèrent une opinion contraire.

Mais Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 1, cap. 47, Ulric, Huberus, *in Inst.*, lib. 3, tit. 28, n° 7, et *in Pandectas*, lib. 2, tit. 6, n° 1, et surtout notre célèbre chancelier d'Aguesseau, ont soutenu fortement la première opinion, et combattu la seconde avec tout le poids des armes de la raison. C'est leur doctrine qu'ont suivie les rédacteurs du Code. On ne suppose pas, sans doute, qu'ils aient ignoré cette controverse; cependant ils ont établi en règle générale que « lorsqu'une personne qui, *par erreur*, se » croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a » le droit de répétition contre le créancier. » (Art. 1377.) Ils n'ont point ajouté à ce principe la même exception qu'à l'égard de l'aveu judiciaire et des transactions; et cependant ils pensaient « qu'il n'est pas permis de distinguer » lorsque la loi ne distingue pas, et que les » exceptions qui ne sont pas dans la loi ne doi» vent pas être suppléées (1). » Ils proposaient même d'ériger cette maxime en loi, et si elle ne l'a pas été, c'est qu'on craignit que le trop de généralité de cette maxime et autres semblables, proposées dans le livre préliminaire du projet de Code, n'entraînassent des injustices dans quelques cas rares et imprévus; mais la maxime qu'il ne faut point distinguer quand la loi ne distingue pas, n'en est pas moins une règle de droit conforme à la raison. Que deviendrait la loi, si l'on permettait aux esprits subtils d'y faire arbitrairement des exceptions, tantôt sous un prétexte, tantôt sous un autre?

Il faut donc s'en tenir à la règle générale. La répétition doit être admise sans distinction, soit que le payement ait eu lieu par erreur de fait ou par erreur de droit (2). Celle-ci, comme celle-là, suffit pour faire évanouir la présomption que celui qui a payé une chose qu'il ne devait pas a eu l'intention de la donner; car on ne saurait raisonnablement présumer une donation, lorsqu'il existe une cause, telle que l'ignorance de son droit, qui peut avoir été la cause du payement.

En voici un exemple: Je trouve 20,000 fr. dans la succession de mon neveu dont je suis héritier. Son cousin germain en réclame la moitié, comme héritier par représentation de son père. Croyant, par erreur de droit, que la représentation avait lieu, je lui donne la moitié de la somme: je puis la répéter. *Voy.* ce que nous avons dit, tom. 5 (V, éd. fr.), n° 61 et suiv.

64. Mais si, pour réussir dans la répétition de ce qu'on a payé, il faut deux conditions, l'une que la chose ne fût pas due, l'autre qu'elle ait été payée par erreur de fait ou de droit, à qui est-ce de faire cette preuve?

La réponse est facile: c'est le demandeur que les lois, d'accord avec la raison, chargent du fardeau de la preuve: *Semper necessitas probandi incumbit ei qui agit.* (L. 21, ff. *de probat.*, 22, 3.) *Actore non probante, qui convenitur, et si ipse nihil præstet, obtinebit.* (L. 4, *in fine*, Cod., *de edendo*, 2, 1.)

Il existe une forte raison de plus pour faire l'application de ces lois au cas d'une demande en répétition, c'est la présomption que celui qui a payé était débiteur; car personne n'est assez peu soigneux de ses affaires pour prodiguer facilement et sans raison son argent, en payant ce qu'il ne doit point: *Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet.* (L. 25, ff. *de probat.*, 22, 3.) Cette loi ne dispense de la preuve celui qui forme l'action en répétition que dans un seul cas, c'est lorsque celui qui a reçu nie la recette. Sa dénégation injuste le constitue en mauvaise foi, lorsqu'elle est prouvée fausse, et fait présumer que la chose payée n'était pas due: *Per etenim absurdum est, cum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere* (3)? (D. L.)

---

(1) Livre préliminaire du projet de Code, tit. 5, n° 7.

(2) Rolland, n° 37; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 682.

(3) Voici le texte de la loi; il est remarquable:

« Cum de indebito quæritur, quis probare debet non fuisse debitum? Res ita temperanda est: ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit. Per etenim absurdum esse, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas

Rien de plus raisonnable : la mauvaise foi de celui qui nie avoir reçu ce qui lui a été réellement compté, fait naturellement présumer que son mensonge n'a d'autre objet que de se soustraire à la restitution d'une somme qui ne lui était *pas due* (1).

65. Mais le § 1er de cette loi contient une exception ou disposition qui mérite examen ; il porte que si l'action en répétition de ce qui a été indûment payé est formée par un mineur, par une femme, par un agriculteur sans expérience des affaires du barreau ; enfin, par toute autre personne simple et abandonnée à l'oisiveté, *simplicitate gaudens et desidia deditus*, c'est à celui qui a reçu le payement de prouver que la chose est due.

Cette exception en faveur des militaires, agriculteurs et autres personnes simples, entraînait des inconvénients sans nombre, et ne peut être admise dans notre jurisprudence. Elle ne l'était même pas avant la loi du 30 ventôse an XII, qui ôte aux lois romaines leur autorité législative : aussi l'exact et savant Domat a eu soin de retrancher cette exception dans son ***De-lectus legum.***

66. A l'égard des mineurs non émancipés, ils ne peuvent faire un payement valable. Suivant l'article 1238, « pour payer valablement, » il faut être propriétaire de la chose donnée » en payement, *et capable de l'aliéner.* » Le tuteur pourrait donc, sans contredit, répéter la chose payée par son mineur, pour quelque cause que ce soit, et cette répétition, fondée sur l'invalidité du payement, rejetterait sur le créancier la nécessité de prouver non-seulement que la chose était due, mais encore que la dette était exigible ; car le mineur serait lésé par un payement fait d'avance.

Le mineur devenu majeur, ou émancipé, mais, en ce cas, avec l'assistance de son curateur, pourrait aussi, en se fondant sur l'invalidité du payement, répéter ce qu'il a payé en minorité, et sa demande rejetterait sur le créancier la preuve que la chose payée lui était due. C'est le seul moyen qu'aurait ce dernier pour prouver la validité du payement et se soustraire à la restitution.

67. Mais le mineur devenu majeur pourrait-il également répéter ce qui a été payé par son tuteur, sans prouver que la chose payée n'était pas due ? Il nous semble que cette question doit être résolue négativement.

L'un des premiers devoirs que la loi impose au tuteur est de payer les dettes du mineur ; elle veut même qu'il les paye sur le seul examen de leur légitimité et de la bonne foi du créancier, sans s'exposer aux frais d'une instance ni en attendre le jugement, sans quoi il doit personnellement les frais d'un mauvais procès qu'il aurait soutenu : il lui est défendu de les répéter vers son pupille (2).

Le payement fait par le tuteur est donc valide aux yeux de la loi, qui regarde le tuteur comme propriétaire, en ce qui concerne les intérêts du mineur : *domini loco haberi debet.* (L. 27, ff. 26, 7.) Il est présumé qu'il n'a point, légèrement et sans connaissance de cause, prodigué l'argent de son mineur, et que, s'il a payé, c'est que la chose était due. Le mineur devenu majeur ne pourrait donc pas répéter ce qui n'a été payé par son tuteur que pour remplir un devoir que lui imposait la loi.

S'il en était autrement, si le mineur devenu majeur pouvait répéter tout ce qui a été payé par son tuteur, sans être tenu à aucune preuve, il en résulterait que chaque créancier, en recevant du tuteur, devrait, pour sa sureté, retenir les titres de sa créance, dans la crainte d'être un jour forcé d'en prouver la légitimité, ou tout au moins d'exiger du tuteur un récépissé des pièces par inventaire, pour obliger le mineur devenu majeur à les représenter, s'il venait un jour à répéter ce qui a été payé par son tuteur. Aucune loi n'exige des précautions aussi gênantes.

Opposerait-on l'article 1238, qui porte que, « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner, » pour en conclure que le payement du tuteur n'est pas valable ?

Il ne faut pas presser judaïquement les termes de cet article. Le tuteur est le mandataire légal du mineur, *domini loco habetur.* La loi le charge de payer les dettes du mineur, comme un majeur peut charger son mandataire de payer les

---

ei fuisse solutas, præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat ; et maxime, si ipse, qui indebitas dedisse dicet, homo diligens est, et studiosus pater-familias cujus personam incredibile est in aliqua facile errasse, et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiæ causam, indebitum ab eo solutum est, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. »

(1) *Sic* Duranton, t. 6 (XII, éd. fr.), n° 12. Lorsqu'il s'agit de meubles, la preuve de l'erreur n'est pas imposée au demandeur en répétition ; par cela seul qu'il établit qu'il a payé, il rejette sur le défendeur la preuve qu'une libéralité a été faite ; d'ailleurs l'art. 1376 ne parle pas de l'erreur. (Boileux, sous l'art. 1376.)

(2) C'est la disposition de la loi 9, §§ 5 et 6, ff. *de admin. et peric. tut.*, 26, 7.

« Tutor se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere, et potuit et debuit. § 5.

» Nec utique necesse habet, si conveniatur, per judicem solvere : idcircoque si mala causa pupillaris est, denuntiare sibi verum debet.

» Denique imperator Antoninus cum patre, etiam honoraria eos amputare pupillo, prohibuit, si supervacaneam litem instituissent, cum convenirentur a vero creditore : nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere. § 6. »

siennes : les payements faits par le tuteur sont donc aussi valides que ceux faits par un mandataire *ad hoc*, et le mineur devenu majeur ne peut les attaquer qu'en prouvant que la chose payée n'était pas due.

68. Quant aux femmes, ce qui dans nos usages ne peut s'appliquer qu'aux femmes en puissance de maris, comme elles n'ont pas l'administration de leurs biens, elles ne peuvent, de même que les mineurs, faire un payement valable. Le mari peut donc répéter le payement fait par son épouse sans son autorisation, et le créancier ne pourrait se soustraire à la restitution qu'en prouvant : 1° que la chose était due par la communauté ; 2° que la dette était exigible. Il ne suffirait pas de prouver que la femme était personnellement débitrice ; car le créancier ne pouvait poursuivre le payement des dettes personnelles de cette dernière que sur la nue propriété de ses biens. (Art. 1410, 1413 et 1414, etc., etc.)

Mais si la femme avait payé une chose dont elle avait l'administration et la disposition, elle rentrerait dans le droit commun, et ne pourrait la répéter qu'en prouvant qu'elle n'était pas due, et qu'elle a été payée par erreur.

69. Ces deux preuves sont nécessaires, comme nous l'avons déjà dit, pour faire réussir une demande en répétition ; mais la preuve que la chose n'était pas due fait le plus souvent présumer qu'elle a été payée par erreur ; et cette présomption dispense le demandeur en répétition de cette dernière preuve, parce que la présomption de donation que pourrait faire naitre la circonstance d'un payement fait sciemment, avec connaissance que la chose n'était pas due, se trouve alors balancée et détruite par une autre présomption plus forte, celle que personne n'est présumé donner lorsqu'il ne doit pas, et que le payement peut avoir eu une autre cause, telle que l'erreur.

70. Ainsi, la même présomption qui rejette sur le demandeur en répétition la preuve que la chose qu'il a payée n'est pas due, rejette sur son adversaire, lorsque cette preuve est une fois faite, le fardeau de prouver que le payement a été fait sciemment, et avec connaissance que la chose n'était pas due.

Par exemple, je vous ai payé un legs que vous faisait mon père dans un premier testament ; j'en découvre un second qui révoque le premier, et prouve que le legs ne vous était pas dû ; je puis, en le représentant et sans autre preuve que la représentation, répéter ce que je vous ai indûment payé : le payement du legs est présumé fait par erreur, et dans l'ignorance de la révocation portée dans le second testament.

Il est pourtant très-vrai que la représentation du second testament ne prouve point que j'ignorasse son existence au moment où je vous ai payé le legs. Mais pour établir mon ignorance, j'ai en ma faveur la présomption de la loi ci-dessus citée. La donation ne se présume point, et personne n'est assez peu soigneux de ses affaires, ni assez dupe pour prodiguer son argent sans raison, quand il sait qu'il ne doit rien, quand il en a la preuve entre les mains : *Qui enim solvit, nunquam adeo resupinus est ut facile suas pecunias jactet.* (L. 25, ff. *de probat.*, 22, 3.) On doit donc présumer que je n'avais pas connaissance de la révocation du legs lorsque je vous l'ai payé (1).

A cette raison péremptoire, ajoutons-en une autre, qui ne l'est pas moins. Je répète le legs que je vous ai payé dans l'ignorance du second testament qui le révoque. Vous m'opposez, pour exception, que je vous ai payé sciemment et en pleine connaissance du second testament, qui révoque le legs. Nous venons de voir que la loi présume que je l'ignorais ; mais enfin votre prétention est une exception que vous opposez à ma demande : or, c'est au défendeur de prouver son exception : *Reus excipiendo fit actor.* C'est donc à vous qu'il incombe de prouver que c'est sciemment et en pleine connaissance du second testament que j'ai payé le legs révoqué ; que, d'ailleurs, aucune cause ne pouvait me porter à vous payer, si ce n'est l'ignorance de la révocation.

Disons donc que si c'est au demandeur en répétition de prouver que la chose qu'il a payée n'était pas due, parce qu'on est présumé devoir ce qu'on a payé, lorsqu'il a fait cette preuve, il est, par la même raison, présumé n'avoir payé que par erreur, parce qu'on présume plus facilement une erreur qu'une donation : c'est donc au défendeur de prouver que le demandeur a payé sciemment et en pleine connaissance ce qu'il ne devait pas, pour en conclure qu'il a voulu lui faire une donation, et pour appliquer

(1) Si on ne lisait que superficiellement la loi 25, ff. *de probat.*, 22, 3, on pourrait croire qu'elle rejette sur le demandeur au pétitoire la charge de prouver non-seulement que la chose payée n'était pas due, mais encore qu'elle a été payée par erreur :

« Et ideo eum qui dicit indebitas solvisse (pecunias), compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiæ causam, indebitum ab eo solutum est ; et nisi hoc ostenderit, nullam eam repetitionem habere. »

Mais Accurse, répondant à cette objection, a fort bien remarqué que cette preuve de l'erreur ou de l'ignorance de celui qui a payé, résulte, par présomption, de la preuve que la chose n'était pas due :

« Verius hic probat indebitum, quod potest facile quandoque facere, ut si appareat testamentum non valere ex quo solvit. Si autem, ajoute-t-il, excipiatur quod scienter solvit, ipse probet scientiam. At secundum hoc probatur ignorantia præsumptive eo ipso quod probatur indebitum. »

Ainsi, la doctrine d'Accurse est parfaitement d'accord avec la nôtre.

la règle ou la présomption : *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* (L. 53, ff. *de reg. jur.*)

71. S'il y avait du doute sur le point de savoir si celui qui a payé avait ou non la connaissance qu'il ne devait rien, connaissance que la loi exige pour faire présumer une donation de la chose payée, la répétition devrait être admise.

Il en est de même du cas où celui qui a payé était en doute s'il devait ou ne devait pas. D'anciens jurisconsultes romains pensaient que la répétition ne devait pas être admise, parce que, suivant eux, il résultait d'un pareil jugement une transaction présumée qui s'opposait à la répétition. Justinien a proscrit cette opinion, dans la loi dernière, Cod., *de condict. indeb.*, 4, 5, où il ordonne d'admettre la répétition de ce qu'on a payé dans cet état de doute, sans qu'on puisse en induire une transaction présumée : bien entendu que le demandeur en répétition prouve que réellement la chose n'était pas due (1).

72. La présomption de donation ne peut être appliquée qu'au cas où elle n'est pas combattue par une autre présomption ou conjecture, qui indique que le payement peut avoir eu une autre cause plausible et vraisemblable. Dans le doute, on ne peut présumer la donation : *Suum jactare nemo facile prœsumitur.*

73. Il y a cependant des cas où il ne suffit pas au demandeur en répétition de prouver que la chose payée n'était pas due, et où il doit prouver de plus qu'il était dans l'erreur. J'ai payé une dette de mon père éteinte par la prescription. La preuve que la prescription était acquise ne suffit pas seule pour autoriser la répétition, parce qu'on peut renoncer à une prescription acquise, parce qu'il peut y avoir des raisons de croire que la dette n'avait pas été payée, et que, dans le doute, il y a toujours de la délicatesse à payer ses dettes. La preuve que la prescription était acquise ne suffit donc pas pour prouver que le payement a été fait sans cause : il faut, pour réussir dans la répétition, prouver de plus qu'au moment où il a été fait, j'ignorais que la prescription fût acquise (2).

J'ai payé un legs, en vertu d'un testament nul par vice de forme, par incapacité du testateur ou du légataire. Il ne suffit pas, pour autoriser la répétition, de prouver la nullité ou l'incapacité ; car, nonobstant ces vices, je puis avoir eu l'intention d'honorer la mémoire du défunt, en exécutant ses dernières volontés, qui m'étaient bien connues, quoique consignées dans un acte nul ou non valable. C'est une action louable et souvent prescrite par la délicatesse : il faut donc, pour faire admettre la répétition, prouver de plus que j'ignorais les vices du testament et l'incapacité du testateur ou du légataire, au moment où j'ai payé. C'est alors seulement qu'il sera constant que j'ai payé par erreur, et que le payement a été fait sans cause.

Je vous ai payé, en vertu d'un billet que je vous avais consenti, une somme de 1,000 fr. ; j'en demande la répétition, en offrant de prouver que vous m'avez extorqué par violence le billet dont je demande la rescision. Cette preuve ne suffit pas pour faire admettre ma demande en répétition, si je ne prouve en même temps que la violence n'avait pas cessé du moment où j'ai fait le payement ; car le payement volontaire peut avoir eu pour cause l'approbation du billet et la volonté d'accomplir une promesse qui n'en était pas moins réelle, quoique donnée par une crainte qu'un homme courageux, et religieux observateur de sa parole, a toujours de la répugnance à confesser et à mettre en avant, uniquement pour se dispenser de donner un peu d'argent, que, dans la vérité, il avait promis, suivant la maxime des stoïciens : *Coacta voluntas est tamen voluntas.*

C'est sur ces principes qu'est fondée la disposition de l'art. 1115 qui porte « qu'un contrat » ne peut plus être attaqué pour cause de vio- » lence, si, depuis que *la violence a cessé*, ce » contrat a été approuvé, soit expressément, » soit tacitement, etc. ; » car il est alors impossible de prouver que l'exécution volontaire du contrat, quoique nulle dans le principe, soit sans cause, et fondée sur l'erreur.

Il en serait autrement, s'il s'agissait du payement d'un billet consenti par mon père.

Si je découvre dans la suite que ce billet avait été extorqué par violence, la preuve de ce fait suffit pour me donner le droit de répétition, et pour faire présumer que j'étais dans l'erreur, lorsque j'ai payé un billet dont je prouve aujourd'hui la nullité (3).

74. Le droit romain donne une foule d'exemples de cette présomption d'erreur, fondée sur la preuve que la chose payée n'était pas due. Il est bon de parcourir les principaux.

Elle s'applique à tous les cas où l'on prouve qu'il a été payé plus qu'il n'était dû.

Il en résulte la présomption très-naturelle d'une erreur, plutôt que celle d'une donation de la part du débiteur : *Si quid probare potueris patrem tuum, cui hœres extitisti, amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes.* (L. 1, Cod., *de condict. indeb.*, 4, 5.)

75. On paye plus qu'on ne doit, quand on ne retient pas ce qu'on devait retenir sur ce qui a été payé ; on peut donc le répéter, sans autre preuve que celle de la non-rétention. Par

(1) *Voy.* Perez sur le *Code*, lib. 4, tit. 5, n° 15.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 3 (V, éd. fr.), n° 74, à la note.

(3) Delvincourt, t. 3, p. 449, note ; Dalloz, v° *Répétition*, n° 51.

exemple, si le débiteur d'une rente soumise à la retenue légale pour les contributions n'a pas fait cette rétention en payant les arrérages, il peut la répéter, en représentant la quittance, qui prouve qu'il a payé sans retenue.

J'ai vendu tous mes droits dans une succession qui m'était échue, et j'en ai livré tous les biens, sans retenir une somme qui m'était due par le défunt; je puis répéter cette créance contre l'acquéreur : *Si is qui hæreditatem vendidit et emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum per condictionem recte recipietur.* (L. 45, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.)

La loi 40, § 1, au même titre, donne l'exemple suivant de la répétition d'une somme dont la rétention n'avait pas été faite. Partie d'une maison grevée de substitution avait été incendiée et réparée par le grevé. Au terme fixé, il restitue la maison ainsi réparée, sans retenir le montant de ses dépenses. Il peut les répéter *condictione indebiti*, comme ayant payé plus qu'il ne devait : *Si pars domus quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, et eam hæres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat; et si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit.*

Cette disposition doit être suivie sous l'empire du Code, dans les cas de substitution permise en faveur des petits-enfants ou des neveux. Nous avons vu, tome 3 (V, éd. fr.), que, si le grevé de restitution fait l'avance des grosses réparations, il lui en est dû reprise ou à ses ayants cause, lors de la cessation de la jouissance, pourvu qu'elles aient été occasionnées par vétusté ou cas fortuit. Si le montant de cette reprise n'avait pas été retenu sur les biens rendus, il pourrait être répété *condictione indebiti*, suivant la loi citée (1).

76. Il est évident qu'on paye plus qu'on ne doit, en payant une seconde fois une dette déjà acquittée, de quelque manière que ce soit; par exemple, par compensation : on peut donc répéter la somme indûment payée : *Si quis compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.* (L. 10, § 1, ff. *de compens.* 16, 2.) *Voyez* ce que nous avons dit, tome 4 (VII, éd. fr.).

77. Si j'ai payé en entier une somme que je devais solidairement avec Titius, qui l'avait déjà payée aussi en entier, je puis la répéter, parce que j'ai payé ce qui n'était plus dû.

Si nos payements étaient de même date, chacun de nous, ayant payé moitié plus qu'il ne devait, a le droit de répéter cette moitié : *Si duo rei, qui decem debebant, viginti pariter solverint, Celsus ait, singulos quina repetituros; quia cum decem deberent, viginti solvissent, et quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt.* (L. 19, § 4, ff. *de condict. indeb.*, 12. 6.)

Si je devais solidairement avec Titius deux choses sous une alternative, par exemple, un cheval ou 600 fr., et que l'un de nous ait donné la somme, et l'autre le cheval, la dette ayant été acquittée par le premier payement, l'objet du second peut être répété, parce qu'il n'était plus dû.

Si les deux payements étaient de même date, chacun de nous ne pouvant répéter la moitié de ce qu'il a payé, parce que, dans le principe, nous ne pouvions payer la moitié de chaque chose due sous une alternative, le jurisconsulte Paul décide que le créancier a le choix de rendre la chose qu'il voudra : *hoc casu electio est creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur.* (L. 21, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.)

Il paraît injuste, au premier aspect, de déférer l'option au créancier qui est en faute d'avoir reçu deux choses, dont l'une ne lui était pas due. Cependant, comme il est possible qu'il n'y ait aucun reproche à lui faire, par exemple, si les payements ont été faits le même jour, l'un à lui-même, l'autre à son agent, et que d'ailleurs c'est, dans l'espèce, le créancier qui se trouve devenu débiteur, on suit la règle générale : *Electio debitoris est.*

Dans l'espèce précédente, ce sont deux débiteurs solidaires d'une obligation alternative, qui ont payé, le premier l'une des choses, le second l'autre, quoiqu'une seule fût due. La loi citée laisse au créancier l'option de rendre celle qu'il voudra, parce que c'est lui qui est désormais débiteur. Pothier souscrit à cette décision dans son Traité *de Condictione indebiti*, n° 149 (2).

78. Mais lorsque le débiteur unique d'une dette alternative a payé en même temps les deux choses, croyant, par erreur, les devoir toutes les deux, trompé, par exemple, par une expédition où le notaire avait écrit *et* au lieu d'*ou*, qui se trouvait dans la minute, il n'est pas douteux que la restitution d'une de ces deux choses est due. On n'en a jamais douté; mais le créancier qui les a reçues toutes les deux a-t-il également le choix de rendre celle qu'il voudra? Ou bien le débiteur, qui avait originairement le droit de choisir celle qu'il voulait payer, conserve-t-il le droit de répéter celle qu'il veut?

Les anciens jurisconsultes romains étaient divisés d'opinion sur cette question. Celsus, Marcellus et Ulpien pensaient que dans cette espèce, comme dans la précédente, le créancier

(1) Rolland, v° *Répétition*, n°s 15 à 19; Dalloz, *eod. verbo*, n° 16; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 690.

(2) *Voy.* Rolland, v° *Répétition*, n°s 20, 21; Dalloz, *eod.*, n° 18.

devenu débiteur avait le choix de rendre celle des deux choses qu'il voulait.

Mais Papinien et Julien, les deux plus grands jurisconsultes de Rome, laissaient au débiteur le choix de répéter l'une des deux choses qu'il avait payées, comme il avait originairement le droit de payer celle qu'il voulait. Justinien se prononça pour cette dernière opinion, dans la loi pénultième, Cod.. *de condict. indeb.*, 4, 5 (1). Pothier, *des Obligations*, n° 257, trouve cette décision équitable. En effet, l'erreur du débiteur qui a donné les deux choses doit d'autant moins le priver de son droit de choisir, que le créancier n'est point sans reproche d'avoir reçu les deux choses au lieu d'une; et s'il avait reçu par erreur, cette erreur ne peut lui donner plus de droit qu'il n'en avait dans l'origine : il se trouve donc naturellement replacé, ainsi que le débiteur, dans l'état où ils étaient l'un et l'autre avant le payement. Aussi le jurisconsulte Julien (2) décide que, si l'une des choses a cessé d'exister, le débiteur ne pourra pas répéter celle qui reste (3).

79. Remarquez bien qu'il ne s'agit ici que des cas où les deux choses ont été payées en même temps, *simul*, dit la loi; car alors on ne peut dire laquelle des deux a éteint la dette. Au contraire, si les deux choses ont été payées en différents temps, la première payée a éteint la dette et acquitté le débiteur, qui peut répéter la seconde, soit que la première ait péri ou non. Si elle a péri, c'est pour le compte du créancier; si elle n'a pas péri, le débiteur ne peut la répéter, parce qu'elle était due. Il ne peut répéter que la seconde, qui ne l'était pas, puisque la dette était éteinte par le premier payement; et si la seconde chose périssait, le débiteur ne pourrait rien répéter, à moins que la perte ne fût arrivée par la faute du créancier, ou depuis qu'il a été mis en demeure de la restituer (4).

80. Si un débiteur qui a payé en même temps deux choses, croyant par erreur les devoir toutes les deux, tandis qu'il ne devait que l'une ou l'autre, sous une alternative, peut, après l'erreur découverte, répéter celle des deux qui lui plaît, celui qui a payé une chose, croyant par erreur la devoir déterminément, quoiqu'il ne la dût que sous une alternative qui lui laissait le choix d'en payer une autre, peut-il, après l'erreur découverte, répéter celle qu'il a payée en offrant de donner l'autre (5)?

Par exemple, mon père avait légué à Caïus tel tableau de David, qu'il possédait en original : j'en ai fait en conséquence la délivrance; je découvre ensuite un codicille dans lequel mon père me laisse l'option de donner le tableau ou 300 fr.; puis-je répéter le tableau en offrant la somme?

Les anciens jurisconsultes romains étaient encore divisés d'opinion sur ce point. Celse, loi 19, § *de leg.* 2°, 31, 1, refuse en ce cas le droit de répétition, que Paul accorde au contraire, dans la loi 36, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6. Justinien n'a point prononcé sur cette question analogue à la précédente, et qui doit se décider par le même principe; il est donc resté une antinomie dans le Digeste entre les deux lois citées, comme l'observe fort bien Ragueau (6), en dépit de ceux qui n'en veulent point reconnaître; ce qu'il ne nous importe en rien d'examiner, dans notre jurisprudence française, où les lois romaines ayant perdu leur autorité législative, nous n'avons, entre deux lois contraires, qu'à voir celle qui est la plus conforme à la raison et à nos principes; et c'est, sans contredit, l'opinion de Julien qui est la plus raisonnable, puisqu'elle rend à chacun ce qui lui appartenait d'abord. L'erreur innocente du débiteur, sur la qualité de son obligation, ne doit pas lui préjudicier, en le dépouillant de l'option qu'il avait de payer la somme au lieu du tableau. C'est aussi l'opinion de Pothier, dans son *Traité des Obligations*, n° 255, et de Dumoulin, qu'il cite.

Ces auteurs y apportent, avec raison, un tempérament fondé sur l'équité : c'est que si le créancier n'a pas induit le débiteur en erreur sur la qualité de l'obligation, s'il a reçu de bonne foi, la répétition ne doit être admise qu'autant qu'elle ne lui causerait aucun préjudice, et qu'il serait remis au même état où il était avant le payement; car la répétition n'est fondée que sur l'équité (7). Nous verrons bientôt que ce tempérament s'accorde avec les principes du Code (8).

81. Voici encore relativement au droit de répétition, dans le cas d'une dette alternative, une question que l'on trouve décidée dans la loi 26, § 13, ff. *de condict. indeb.*, par Ulpien,

---

(1) Sur laquelle *voy.* Edmond Merille, in 50 decis. Justiniani, et Ragueau, *in constit. et decis. Justiniani.*

(2) L. 32, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6;

Voici le texte de la loi :

« Cum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, *simul* utrumque solverit, si posteaquam utrumque solverit, aut uterque, aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet : id enim remanebit in soluto, quod superest. »

(3) *Voy.* la note au n° 80.

(4) *Voy.* Cujas, in leg. 32, ff. *de condict. indeb.*, dans son *Commentaire* in lib. 10, Dig., *Salvii Juliani*, t. 3, op. posth., col. 58 et 59, édit. Fabroti.

« Illud observandum est, initio hujus legis poni, hominem utrumque simul fuisse solutum; nam si alius post alium solutus sit, ejus tantum qui posteriore loco et tempore solutus est condictio competit, quoniam indebitus fuit. Priore autem loco solutus debitus fuit, et consequenter prior creditori perit : posterior debitori, si obierit ante moram creditoris. »

(5) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 3 (VI, éd. fr.).

(6) In leg. penult., Cod., *de condict. indeb.*, 4, 5.

(7) L. 66, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.

(8) Rolland, v° *Répétition*, n°s 23, 24, 25, 26; Dalloz, *cod. verbo*, n° 20; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 689.

mais dont la décision ne nous paraît pas devoir être suivie. Je dois à Caïus 600 fr. ou tel cheval; je lui paye 300 fr. Puis-je, après ce premier payement, répéter cette somme et donner le cheval ? Cela dépend, suivant Ulpien, du point de savoir si j'étais libéré par le payement de 300 fr. Or, dit-il, je ne l'étais pas : Caïus peut donc me demander 300 fr. ou le cheval, et si je préfère donner le cheval, je pourrai répéter les 300 fr. que j'ai payés. Il dit que Celse et Marcellus sont de cet avis.

Leur autorité est infiniment respectable, sans doute; mais il nous est impossible d'y déférer, parce qu'elle nous paraît contraire à la raison et aux principes établis sur les payements. Le choix appartient au débiteur, sans doute, dans les obligations alternatives; mais, après un premier choix fait et accepté par le créancier, le débiteur ne peut plus varier. Or, dans l'espèce proposée, en donnant d'abord une somme de 300 fr., j'ai manifestement choisi de donner de l'argent, plutôt que le cheval; et Caïus a approuvé mon choix, en recevant volontairement un payement partiel qu'il pouvait refuser : je ne puis donc plus varier ni répéter les 300 fr., sans son consentement.

C'est une pure subtilité de dire que le payement partiel de 300 fr. ne m'a point libéré. Non, sans doute, il ne m'a point libéré en entier; mais il m'a libéré pour une moitié des 600 fr. Je ne reste plus débiteur que de 300 fr. En payant la première somme, j'en ai irrévocablement transféré la propriété au créancier, qui n'a reçu que ce qui lui était dû. On ne peut donc le forcer à rendre une somme que peut-être il a consommée de bonne foi. Cependant Pothier, Traité *de Condictione indebiti*, n° 155, paraît approuver la décision de la loi citée. Mais, à l'époque où il écrivait, les lois romaines avaient une force qu'elles n'ont plus aujourd'hui, et quoiqu'elles n'eussent pas force de loi dans les pays coutumiers, il était rare qu'on osât s'en écarter. La raison sans l'autorité avait alors peu d'empire en jurisprudence.

82. Si l'on a payé à une autre personne qu'à celle du véritable créancier, le droit de répéter la chose payée est évident : *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur.* (L. 65, § *fin.*, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.)

Par exemple, si j'ai payé à celui qui se disait faussement l'héritier ou le mandataire de mon créancier. (L. 20, § 11, ff.; l. 8, Cod., *hoc tit.*)

Par exemple encore si, devant 3,000 fr. à Caïus décédé, représenté par trois héritiers, j'ai payé la somme entière à l'un d'eux, qui, par la division des créances, *ipso jure*, n'était créancier que de 1,000 fr. (1).

83. La répétition a encore lieu, si j'ai payé dans mon nom ce qu'un autre devait, croyant par erreur le devoir moi-même : *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed... si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat.* (L. 65, § *fin.*, ff. *hoc tit.*)

La loi 19, § 1, ff. *hoc tit.*, en donne pour exemple le cas où, me croyant faussement héritier de Caïus, j'ai payé les dettes de sa succession. La loi m'en accorde le droit de répétition, quoique, dans ce cas, le créancier n'ait reçu que ce qui lui était dû : *Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit; veluti si is, qui hæredem se... falso existimans, creditori hæreditario solverit* (2).

Cependant la loi 44, *ibid.*, dit qu'on ne peut former de répétition contre celui qui n'a reçu que ce qui lui était dû, quand même il l'aurait reçu d'un autre que du vrai débiteur : *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est.*

Mais cette loi ne doit s'entendre que du cas où le payement a été fait par un tiers au nom du véritable débiteur. C'est ainsi que Pothier, Domat, Perez, etc., concilient ces deux lois.

Delvincourt, tom. 3, pag. 680, trouve cette conciliation *divinatoire*. Il en propose une autre. On peut encore en voir une troisième dans le *Jus civile controversum* du savant Colaius, lib. 12, tit. 9, quæst. 13. Nous nous en tenons à celle de Pothier et de Domat, qui nous paraît la plus raisonnable.

Il nous importe peu de concilier deux lois romaines qui ont perdu leur autorité législative. Il nous suffit de suivre celle qui nous paraît plus conforme à la raison.

Mais il est de notre devoir de remarquer que l'art. 1377 du Code nous paraît favoriser entièrement l'opinion de Pothier, guide principal des rédacteurs. La première disposition de cet article porte : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. »

La seconde disposition ajoute : « Néanmoins, ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du payement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur. »

Il s'agit ici, comme on voit, de celui qui a payé une dette qu'il croyait sienne, quoiqu'elle fût celle d'un autre; et il est évident que l'article suppose qu'il l'a payée dans son nom et non

(1) *Voy.* Dalloz, v° *Répétition*, n° 21; Rolland, *cod. verbo*, n°s 27, 28, 29.

(2 Il paraît aussi que, dans ce cas, celui qui a payé peut agir contre le véritable héritier, par action *negotiorum gestorum*; car, en payant les dettes de la succession, il a véritablement géré les affaires de l'hérédité, quoique sans le savoir.

pas dans celui du véritable débiteur : autrement, il n'y aurait pas d'erreur. C'est en considération de cette erreur que l'article lui donne le droit de répétition, qu'il ne pourrait avoir, s'il avait payé la dette dans le nom du véritable débiteur, comme l'art. 1236 lui en donne la faculté. Ce serait le cas d'appliquer la loi 44 : *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est.*

Inutilement se plaindrait-il que le véritable débiteur, au nom duquel il a payé et contre lequel il avait un recours, est insolvable : tant pis pour lui. Le créancier lui répondrait qu'il a reçu ce qui lui était dû, *suum recepit;* qu'on ne peut le lui reprendre ; qu'il n'a même plus d'action contre son ancien débiteur, dont la dette est éteinte, ainsi que ses accessoires, tels que les cautionnements et hypothèques; qu'enfin le tiers qui l'a payé volontairement dans le nom de son débiteur n'a de reproches à faire qu'à soi-même, et que l'imprudence qu'il a commise ne peut nuire à un créancier qui a reçu de bonne foi, et dont la créance est désormais éteinte.

Au contraire, lorsque le tiers a payé la dette d'autrui par erreur, et croyant payer la sienne propre, comme dans le cas où il se croyait héritier du débiteur, la loi, d'accord avec l'équité, lui accorde un droit de répétition qui ne nuit en aucune manière au créancier, lequel se trouve dans la même situation où il était auparavant, avec ses droits entiers contre l'héritier de son débiteur, duquel héritier le payement fait dans le nom personnel d'un tiers n'a point éteint la dette, comme le dit fort bien la loi 19, § 1, ff. *hoc tit. : Hic enim neque verus hæres liberatus erit, et is, quod dedit, repetere poterit.*

Cependant, si le tiers, qui, se croyant par erreur débiteur personnel, au lieu de se faire remettre le titre de la créance, a fait la faute de laisser le créancier supprimer le titre qu'il croyait de bonne foi devenu inutile, par exemple, s'il avait déchiré ou livré aux flammes (1) le billet que lui avait consenti le défunt, alors le droit de répétition cesse, parce que, dit Malleville (2), *l'équité ne permet pas que le créancier* de bonne foi *soit la dupe de la faute du payant.* Il ne reste à celui-ci qu'un recours à exercer contre le véritable débiteur, recours devenu difficile par la suppression du titre de créance; mais enfin c'est sa faute. Toute cette doctrine est parfaitement raisonnable et d'accord avec les deux lois citées, entendues dans le sens que leur donnent Pothier et Domat (3).

84. Si le tiers qui a payé la dette d'autrui s'était fait subroger dans ses droits, il ne pourrait également répéter ce qu'il a payé. La subrogation acceptée est une convention contre laquelle il ne peut revenir (4).

85. La division des dettes d'une succession, *ipso jure,* entre tous les héritiers, peut encore nous donner l'exemple d'un payement fait par erreur pour autrui, ou, si l'on veut, d'un payement au-dessus de ce que devait celui qui a payé. Si, par exemple, me croyant, par erreur, solidairement obligé aux dettes d'une succession dont je n'ai recueilli que la moitié, j'ai payé la totalité d'une dette chirographaire, je puis répéter la moitié que j'ai payée de trop, et qui n'était due que par mon cohéritier.

Je pourrais même répéter le billet par lequel je me suis engagé, par erreur, de payer au delà de ma portion héréditaire (5) : *Is qui plus quam hæreditaria portio efficit, per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem.* (Loi 31, ff. *hoc tit.*)

86. Il serait fastidieux et inutile d'énumérer tous les cas où les lois romaines admettent la répétition. Il suffit de dire, en général, qu'elle est admise en faveur du propriétaire, toutes les fois qu'une chose reste, *sans aucune cause*, aux mains de celui qui l'a reçue : *Hæc condictio ex æquo et bono introducta, quod alterius apud alterum* SINE CAUSA *deprehenditur, revocare consuevit.*

87. C'est sur ce principe qu'est fondé le droit de répéter la chose payée : la répétition doit donc cesser dans tous les cas où il existe une cause de payement raisonnable et vraisemblable, quand même la chose payée ne serait pas due dans le sens légal et rigoureux du mot, suivant lequel une chose n'est due que lorsqu'on a une action civile pour l'exiger : *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest.* (L. 108, ff. *de verb. signif.*)

Dans un sens plus conforme à l'équité et à la morale, une chose est due, quoique la loi n'accorde pas une action civile pour contraindre à la payer. C'est le cas de toutes les obligations naturelles, dont l'un des effets, suivant le droit romain, est d'empêcher la répétition de la chose payée, parce que, dans ces cas, on ne peut pas dire que le payement soit sans cause : *Licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.* (L. 16, § 4, *in fin.*, § *de fidejuss.*, 46, 1.) *Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.* (L. 19, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.)

---

(1) *Voy.* Domat, p. 176, n° 2.

(2) Sur l'art. 1377.

(3) *Voy.* aussi Rolland, v° *Répétition*, n°s 5, 30 à 34, et Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 685.

(4) Rolland, *eod. verbo*, n° 35.

(5) Delvincourt, t. 2, p. 677, note 5, *in fine*, est d'un avis contraire, ce qui étonne d'autant plus que, dans le t. 3, p. 679, note 4, il pense, comme nous, que le payement fait par erreur de droit donne lieu à la répétition, aussi bien que l'erreur de fait; mais il paraît que la loi 31, ff. *de condict. indeb.*, sur laquelle nous appuyons notre opinion, lui a échappé.

Notre Code civil a suivi les mêmes principes. L'art. 1235 porte : « Tout payement suppose » une dette. Ce qui a été payé sans être dû est » sujet à répétition.

» La répétition n'est pas admise à l'égard des » obligations naturelles, qui ont été volontaire- » ment acquittées. »

Les art. 1965 et 1967 donnent un exemple de l'application du principe. Le premier porte : « La loi n'accorde aucune action pour une dette » de jeu ou pour le payement d'un pari. » Le second ajoute : « Dans aucun cas, le perdant ne » peut répéter ce qu'il a volontairement payé. » à moins qu'il n'y ait eu, de la part du ga- » gnant, dol, supercherie ou escroquerie. » Car alors il n'y a pas d'obligation naturelle (1).

Le payement fait en viduité d'une somme empruntée par une femme sans l'autorisation de son mari, ni le payement fait en majorité d'un emprunt fait en minorité, ne peuvent également être répétés ; parce que, si la loi accorde à la femme et au mineur devenu majeur une exception perpétuelle contre la demande du créancier qui ne prouve point l'emploi utile des sommes qu'il a prêtées, il reste une obligation naturelle qui suffit pour faire rejeter la répétition (2).

88. La loi présume même l'existence de cette obligation naturelle dans la personne du débiteur qui paye une dette qu'il pouvait se dispenser de payer, au moyen d'une exception péremptoire, dont il avait connaissance, lorsque par sa nature cette exception, en éteignant l'action civile, laisse subsister l'obligation naturelle.

Par exemple, celui qui paye une dette contre laquelle il n'ignore pas que la prescription est acquise, ne peut répéter ce qu'il a payé. Il est présumé qu'il n'a payé que pour l'acquit de sa conscience ou par un principe de délicatesse, parce qu'il savait que la dette n'avait point été acquittée.

Par exemple encore celui qui paye nonobstant un jugement d'absolution, même en dernier ressort, qu'il a obtenu contre son créancier, ne peut répéter ce qu'il a payé. Il est présumé qu'il ne s'est décidé à le faire que parce qu'il reconnaissait que le jugement était mal rendu, et qu'il n'en restait pas moins débiteur; car la présomption de vérité que la loi attache à la chose jugée ne peut changer la nature des choses ; elle ne s'étend qu'aux effets civils des jugements. L'obligation de celui qui n'est libéré que par un jugement inique n'en continue pas moins d'exister. L'action du créancier subsiste toujours *ipso jure*, suivant le droit immuable antérieur à la loi civile. La force de celle-ci ne peut aller qu'à permettre de repousser, par une exception qu'elle accorde, une action qu'elle n'a pas le pouvoir d'éteindre, parce qu'aucune puissance ne peut détruire la vérité : l'obligation naturelle reste donc, après le jugement inique d'absolution : *Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.* (L. 60. ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.) *Voy.* ce que nous avons dit, tom. 5 (X. édit fr.), nos 73, 74.

De là, le jurisconsulte Paul infère que celui qui a payé volontairement, depuis le jugement d'absolution, n'a pas le droit de répétition : *Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.* (L. 28. ff. *de condict. indeb.*) Ce payement volontaire fait présumer que le débiteur absous reconnait une obligation naturelle, que le jugement n'a point détruite.

Pothier, Traité *de Condictione indebiti*, n° 145. adopte cette présomption raisonnable. Comment, en effet, expliquer autrement la conduite de celui qui paye nonobstant un jugement d'absolution, dont il a connaissance? Mais, ce que ne fait point la loi citée, Pothier étend cette décision au cas où, lors du payement, le débiteur n'avait pas encore eu connaissance du jugement qui lui donnait congé de la demande, et qui lui procurait l'exception de la chose jugée.

Il nous est impossible de partager cette opinion. C'est précisément la connaissance qu'il a de l'exception péremptoire acquise en sa faveur, qui fait présumer, dans celui qui paye volontairement, la reconnaissance d'une obligation naturelle, que n'a point éteinte le jugement d'absolution. Nous pensons donc, avec Voet, in tit. *de condict. indeb.*, n° 4, que la loi citée ne parle que de celui qui paye, sachant qu'il était à l'abri de toute recherche par l'exception de la chose jugée ; ce qui est en tout conforme à la loi 26, § 3, *hoc tit.*, qui porte qu'on peut répéter comme non dû, non-seulement ce qu'on ne devait en aucune manière, *omnino*, mais encore ce qu'on pouvait se dispenser de payer, au moyen d'une exception perpétuelle : *nisi sciens se tutum exceptione solvit.* Voet ajoute que c'est aussi ce qu'indique la loi 28 par le mot *volontairement*, SPONTE SUA, qui ne signifie pas seulement que la volonté n'a pas été contrainte, mais aussi quelquefois qu'elle n'a point été infectée d'erreur ou d'ignorance.

Si l'on admettait l'opinion de Pothier, il faudrait dire aussi que tout payement, même fait par erreur pendant le cours d'une instance, ne peut être répété, ce qu'il est impossible d'admettre ; car on ne voit pas de motif pour rejeter la répétition d'un payement fait depuis l'in-

(1) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 5 (V, éd. fr.), nos 381 et suiv.

(2) *Voy.* Rolland, vo *Répétition*, nos 37, 38, 39, 40 ; Dalloz, *cod. verbo*, nos 36, 37; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 10.

stance commencée, plutôt que d'un payement fait auparavant, lorsqu'il est prouvé que la chose n'était pas due. La loi 60, ff. *hoc tit.*, dit bien que *le véritable débiteur* ne peut répéter ce qu'il a payé, depuis la contestation en cause, *manente adhuc judicio;* mais cette loi ne parle que du *véritable* débiteur, *verum debitorem*, qui est par conséquent dans l'impossibilité de prouver qu'il a payé ce qu'il ne devait pas; preuve cependant qui est le fondement de toute répétition.

Mais, dans l'espèce de la loi, le véritable débiteur prétendait fonder sa répétition sur l'incertitude du jugement à rendre, en vertu de ce raisonnement ou plutôt de ce sophisme : Le payement d'une obligation conditionnelle, fait avant l'événement de la condition, peut être répété, parce qu'il est incertain si cet événement arrivera; et qu'en attendant, il n'existe pas d'obligation, mais seulement une espérance. De même il est incertain si le débiteur traduit en justice sera condamné : donc il peut répéter ce qu'il a payé avant le jugement.

Répondant à ce sophisme, Paul décide que la répétition ne doit pas être admise, parce que, quelle que soit la chance du jugement, le débiteur ne pourra répéter ce qu'il a payé. Il ne le pourra, s'il est condamné : la chose jugée deviendra un nouveau titre contre lui. Il ne le pourra, s'il est absous; car il reste l'obligation naturelle qui empêche la répétition, comme nous venons de le voir dans le numéro précédent. Ainsi, dit Paul, le débiteur, dans l'espèce proposée, se trouve dans le cas d'un homme qui a promis de payer, soit que tel navire revienne d'Asie, soit qu'il n'en revienne pas : *sive navis ex Asia venerit, sive non venerit.*

Mais Paul ne dit pas que celui qui n'est point véritablement débiteur ne pourra répéter ce qu'il a payé par erreur avant le jugement, *manente judicio*, en prouvant que la chose payée n'était pas réellement due, parce qu'en effet il n'y a pas de raison pour rejeter cette répétition, plutôt que celle de ce qui a été payé avant le commencement de l'instance.

Prétendrait-on que tout payement fait pendant l'instance et avant le jugement doit être considéré comme une transaction qui doit empêcher la répétition, suivant la loi 65, § 1, ff. *hoc tit.*, qui porte : *Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse?*

Mais d'abord on ne pourrait, sous l'empire du Code, présumer que le payement fait pendant l'instance est une transaction, puisque l'art. 2044 exige que toutes transactions soient rédigées par écrit.

On ne pourrait également invoquer une pareille présomption sous l'empire du droit romain. La loi 11, Cod., *de condict. indeb.*, 4, 5, défend de présumer de telles transactions, pour les opposer à la demande en répétition de ce qui a été payé sans être dû : *Sancimus omnibus qui, incerto animo, indebitam dederint pecuniam, vel aliam quamdam speciem persolverint, repetitionem non denegari, et præsumptionem transactionis non contra eos induci.*

Si le payement fait pendant l'instance ne peut faire présumer une transaction, la répétition de la chose payée doit être admise, en prouvant qu'elle n'était pas due.

Or, celui qui paye dans l'ignorance d'un jugement d'absolution, rendu en sa faveur, se trouve précisément dans le même cas que celui qui paye auparavant, *manente judicio*. Un jugement qu'il ignorait ne peut pas plus influer sur son esprit que s'il n'existait point. Et si l'ignorance d'un jugement rendu avant une transaction laisse, comme le dit fort bien Pothier, n° 157, les parties dans le même état où elles étaient avant la transaction, l'ignorance du jugement rendu avant le payement doit également laisser les parties dans le même état où elles étaient avant le jugement. Il est évident, quoi qu'en dise Pothier, qu'on ne peut argumenter de ce jugement ignoré lors du payement, pour faire présumer, dans la personne du défendeur absous, une obligation naturelle que ce jugement n'a pas détruite. Ce n'est que lorsqu'il paye, sachant qu'il peut s'en dispenser au moyen de l'exception de la chose jugée, qu'il est avec assez de raison présumé, en ne l'opposant pas, reconnaître, par un payement volontaire, l'existence d'une obligation naturelle que le jugement n'a point détruite (1).

89. Il n'est même pas nécessaire, pour empêcher la répétition, que le payement ait eu pour cause une obligation naturelle proprement dite. Il suffit, pour faire cesser la répétition, qu'il ait existé une cause raisonnable de payement, telle qu'un motif de délicatesse ou de piété. Nous en avons déjà donné un exemple dans le payement, fait par l'héritier, des legs contenus dans un testament nul. On ne peut pas dire qu'il y ait obligation naturelle de les payer; car les testaments ne sont pas de droit naturel. Néanmoins, l'héritier ne peut répéter les legs qu'il a payés, parce qu'il peut et qu'il est supposé avoir eu, pour donner les choses léguées, un motif très-louable, celui d'exécuter les dernières volontés du défunt, par délicatesse, par piété, par respect pour sa mémoire qu'il a voulu honorer.

Il nous semble qu'il en doit être de même, quand il n'y aurait point de testament écrit :

(1) *Voy.* Duranton, dans son *Traité des contrats et des obligations*, sect. *des Oblig. nat.*, et *Cours de droit*, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 681; Rolland, v° *Répétition*, n°s 41, 44, 45; et Dalloz, *cod.*, n° 39; Delvincourt, t. 3, p. 448, notes.

par exemple, si l'héritier avait reçu une quittance dans laquelle Caïus reconnait avoir reçu de l'héritier de Sempronius la somme de 3,000 fr., pour un legs que le défunt lui a verbalement fait en mourant. La somme ne pourrait être répétée par l'héritier.

Voici un autre exemple tiré de la loi 32, § 2, *hoc tit.* Une mère (1), croyant par erreur devoir une dot de 1,000 fr. à sa fille, en vertu du contrat de mariage de cette dernière, lui a payé cette somme. Elle ne pourra la répéter, après l'erreur découverte; car, mettant à l'écart la fausse opinion où elle était, il reste, en faveur du payement, un motif de piété suffisant pour faire cesser la répétition : *Sublata enim*, dit Julien, *falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* C'est une sorte de devoir naturel pour les pères et mères de favoriser l'établissement de leurs enfants, en les faisant, par anticipation, participer à leur aisance : la décision de la loi citée doit donc s'appliquer à tous les avancements successifs.

Mais, si le père ou la mère devait un compte à l'enfant auquel il a payé une dot ou un avancement successif, le payement serait imputé sur ce qui est dû en vertu de ce compte.

90. C'est à celui qui a payé ou au nom de qui le payement a été fait par erreur, qu'appartient le droit de répétition.

Si mon ancien tuteur, si mon procurateur avait payé une chose dont, par erreur, il me croyait débiteur, ce serait moi, et non pas eux, qui devrais demander la répétition. (Loi 6, § *ult.*, ff. *hoc tit.*)

Cependant, il est plus conforme à l'équité que celui qui a payé puisse former cette demande, soit que j'aie ou non approuvé le payement. Si je l'ai approuvé, il a contre moi l'action *negotiorum gestorum*, et moi j'ai l'action en répétition contre celui qui a reçu. Pour éviter ce circuit, la loi dit que celui qui a payé dans mon nom peut directement demander la répétition : *Tum benignius quam utilius est recta via, ipsum, qui nummos dedit, suum recipere.* (Loi 53, ff. *hoc tit.*)

A plus forte raison, si je n'ai pas approuvé le payement; car alors ce n'est pas moi qui ai payé ni fait payer : je ne puis donc répéter une somme qui ne m'a jamais appartenu (2). C'est à l'imprudent qui l'a donnée d'en demander la répétition, en prouvant, bien entendu, que la chose n'était pas due; ce qui lui deviendrait impossible, si la personne, dans le nom de laquelle il a payé, ne lui remettait pas les pièces qu'elle peut avoir pour prouver que la chose n'était pas due. Il pourrait donc agir contre elle pour la contraindre à les lui remettre, ou à se purger par serment qu'elle n'en a point.

91. Il peut se trouver des cas où celui qui a fait, dans son nom et pour son compte, le payement de ce qui n'était pas dû, n'a pas néanmoins le droit de répétition; mais une autre personne, par exemple, l'héritier putatif qui a payé, avec des effets de la succession, ce que par erreur il croyait dû, ne peut les répéter après que le véritable héritier est reconnu. C'est ce dernier qui peut seul demander la répétition, puisque c'est à lui seul qu'appartiennent les choses qui sont répétées

Ou bien encore lorsque celui qui avait accepté une succession, et payé ce qu'il croyait dû avec des effets qui en dépendaient, attaque et fait annuler son acceptation par l'un des moyens dont parle l'art. 783, soit comme étant la suite d'un dol, soit comme étant la suite d'une lésion, par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, et qui absorbe ou diminue la succession de plus de moitié. Dans ce cas, il ne peut répéter les effets qu'il a donnés en payement, et qui ne lui appartiennent plus.

Il en est de même du cas où un mineur se fait restituer contre l'acceptation non valablement faite d'une succession.

92. Passons à l'objet de la répétition et aux obligations, tant de celui qui est tenu de rendre la chose reçue par erreur, que de celui qui l'avait donnée et qui la répète.

L'objet de la répétition est la chose même donnée en payement, ou son équivalent, c'est-à-dire une somme égale à sa valeur.

C'est la chose même *in individuo* qui est l'objet principal de la répétition, lorsque la chose donnée en payement est un corps certain et déterminé, qui ne se consomme point par l'usage. Si c'était une chose fongible, c'est sa valeur seulement ou une quotité égale qui est l'objet principal de la répétition : *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantumdem repetitur.* (L. 7, ff. *hoc. tit.*)

Les accessoires de la chose, les fruits qu'elle a produits sont aussi un des objets de la répétition : *Indebiti soluti condictio naturalis est; et ideo etiam quod rei solutæ accessit, venit in condictionem, ut puta partus qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accessit; imo et fructus quos is cui solutum est, bona fide percepit, in condictionem veniunt.* (L. 15, *ibid*). (3).

93. Mais en ce qui concerne la restitution, tant du capital que des accessoires, il faut faire

---

(1) Le texte dit :

« Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote » obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repe- » tit; sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis » causa ex qua solutum repeti non potest. »

Mais Cujas, Godefroi, le président Favre, dans ses *Rationalia* sur cette loi, pensent avec raison qu'il faut lire *mater* au lieu de *mulier*. En effet, cette cause de piété, mise en avant dans cette loi, ne peut s'appliquer à une femme étrangère.

(2) L. 6, ff. *hoc. tit.*

(3) Rolland, v° *Répétition*, n° 61; Dalloz, *cod.*, n° 53.

une distinction très-importante entre celui qui a reçu de bonne foi ce qu'il croyait lui être dû, et celui qui a reçu de mauvaise foi ce qu'il savait qu'on ne lui devait point. La raison dit que leur condition ne doit pas être la même.

94. Voyons d'abord les obligations de celui qui a reçu de bonne foi. Nous avons déjà vu qu'elles dérivent de cette grande règle d'équité naturelle, que personne ne doit s'enrichir au détriment d'autrui : *Jure naturæ æquum est neminem, cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.* (L. 206, ff. *de reg. jur.*)

De là une conséquence directe, qui devient un principe fondamental, lorsqu'il s'agit de la répétition de ce qui a été donné ou reçu en payement par erreur : c'est que celui qui l'a reçue de bonne foi n'est tenu de rendre la chose qu'autant qu'elle existe encore en sa possession, ou qu'il s'en est enrichi : *quatenus locupletior factus est;* car, s'il ne s'en est point enrichi, on ne peut plus lui appliquer la règle qui sert de fondement au droit de répétition, et par conséquent il n'est tenu à rien.

De ce principe fondamental de la matière, découlent, comme des conséquences directes, toutes les obligations de celui qui a reçu de bonne foi ce qu'il croyait lui être dû. Si la chose existe en sa possession, il doit la rendre avec tous ses accessoires, ainsi que tout le profit qu'il en a tiré; autrement il s'enrichirait sans aucun droit, ou plutôt contre le droit de la nature, au détriment de celui qui a donné la chose par erreur (1).

Il doit même rendre les fruits que la chose a produits, dit la loi 15, ff. *hoc. tit.*, ci devant citée : *Imo et fructus quos is cui solutum est, bona fide percepit, in condictionem veniunt.* Ce qu'il faut remarquer, parce que c'est une exception au principe général établi dans les art. 549 et 550 du Code civil, qui décident que « le propriétaire de bonne foi fait les fruits siens, pendant que sa bonne foi dure, lorsqu'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore les vices. »

Mais, si la chose payée par erreur était une somme d'argent, celui qui l'a reçue n'en devrait pas les intérêts du temps que sa bonne foi a duré, et avant la demande (2) : *Usuras autem ejus summæ præstari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.* (L. 1, Cod., *de cond. indeb.*, 4, 5.)

Si, au moment de la découverte de l'erreur, la chose n'existait plus dans la possession de celui qui l'avait reçue de bonne foi, si elle a péri par accident et sans son fait, il est dégagé de l'obligation de la rendre, suivant la règle commune à tous les débiteurs, que l'obligation est éteinte par la perte de la chose. (Art. 1302.) *Voyez* ce que nous avons dit t. 4 (VII, éd. fr.), n°s 442 et suivants (3).

95. Mais si c'est par sa faute que la chose a péri ou qu'il se trouve hors d'état de la rendre, est-il dégagé de son obligation ?

Il faut ici prendre garde à l'équivoque. Qu'est-ce qu'une faute ? C'est un acte ou une omission volontaire ou involontaire, contraire au devoir ou à l'obligation de celui qui l'a fait. Ce qui serait une faute de la part du débiteur d'un corps certain, qui connaît l'obligation de rendre ce corps, n'en est plus une de la part de celui qui ne la connaît pas, et surtout de celui qui a reçu de bonne foi, en payement, une chose dont il se croyait créancier. La tradition volontaire qui lui en a été faite par le propriétaire lui-même ou par son ordre, lui en a transféré la propriété. C'est ce qui est évident et dont personne ne doute. Qui pourrait en effet douter que la volonté du propriétaire, jointe à la tradition qu'il fait de la chose à celui auquel il la donne en payement, en transfère la propriété? La nature du payement est, suivant la loi, de transférer la propriété (art. 1238), parce qu'il réunit à la tradition la volonté du propriétaire d'aliéner la chose dont il se dessaisit. « Celui, dit Pothier, » n° 178, qui paye à quelqu'un, par erreur, » une chose qu'il croyait lui devoir, a la volonté » de lui en transférer le domaine par la tradition » qu'il lui en fait. Celui à qui elle est payée a » pareillement la volonté d'en acquérir le do- » maine. Le concours de leurs volontés suffit, » avec la tradition, pour la translation de la » propriété. »

Ainsi devenu propriétaire, en vertu d'un titre légitime, celui qui a de bonne foi reçu la chose en payement a « le droit d'en disposer de la » manière la plus absolue, pourvu qu'il n'en » fasse pas un usage prohibé par la loi. » (Article 544.) Il peut en user ou en abuser, suivant sa volonté ou son caprice : *Nam suæ quisque rei moderator, pleraque ex proprio animo facit.* (L. 21, Cod., *mandati*, 4, 35.) Il peut donc négliger d'en prendre soin, la détériorer, la détruire même ou la laisser périr ; à plus forte raison, la vendre, même à vil prix, la donner. Personne ne peut lui demander compte de sa conduite : *quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est* (4). (L. 31, § 3,

(1) *Sic* Delvincourt, t. 8, p. 450; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 693.

(2) *Voy.* Henrys, liv. 4, quest. 146, t. 2, p. 809.

(3) *Voy.* Rolland, v° *Répétition*, n°s 69 à 72; Dalloz, *eod.*, n°s 58 à 62.

(4) C'est une conséquence de ce principe, qu'aux termes de l'art. 1631, « lorsqu'à l'époque de l'éviction, la » chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la *négligence* de » l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, » le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la tota- » lité du prix. »

Il ne peut demander compte des détériorations arrivées par la *négligence* ou par la faute de l'acquéreur : « Quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est. »

ff. *de petit. hæred.*, 3, 3.) Sa volonté ou son caprice ne peuvent être limités que par une prohibition expresse de la loi.

Il est vrai cependant que la propriété de celui qui a reçu, même de bonne foi, ce qui ne lui était pas dû, était révocable. Mais il l'ignorait, et il l'ignorait par la plus juste des erreurs, *justissimo errore*, dit un grand jurisconsulte (1), puisqu'elle était partagée, fortifiée même par la personne la plus intéressée à la découvrir, par celui qui a donné la chose en payement, et dont l'ignorance a causé, tout au moins entretenu, l'erreur de celui qui a reçu. Ce dernier ne commet donc aucune faute, et ne peut encourir aucun reproche, en disposant de la chose, ou en la détériorant.

Ainsi la révocation de sa propriété, survenue par la découverte de l'erreur commune aux deux parties, ne peut avoir d'effet rétroactif, annuler ce qui a précédé, ni donner lieu contre lui à d'autre action qu'à la restitution de ce dont il s'est enrichi. Celui qui avait donné la chose par erreur la reprend dans l'état où elle se trouve; s'il éprouve quelque préjudice, ce n'est qu'à lui-même qu'il peut l'imputer.

Telle est la doctrine du droit romain, constamment suivie en France sous l'ancienne jurisprudence. Ce n'est que du moment où il a commencé de connaître l'obligation de la rendre, que celui qui a reçu de bonne foi en payement une chose qu'on ne lui devait pas est soumis à l'obligation de la conserver jusqu'à la restitution, à peine de dommages et intérêts. Suivant la disposition de l'art. 1146, il n'est point tenu de tout ce qu'il a fait de bonne foi, avant de connaître son obligation.

C'est ce qu'enseigne aussi Domat (2) : « Si » c'est quelque autre chose que de l'argent qui » doive être restitué, celui qui *commence de* » *connaître cet engagement* doit prendre soin » de la chose et la conserver jusqu'à ce qu'il la » rende ; mais si la chose est endommagée ou » périt... *avant que la demande lui en eût été* » *faite*, et qu'il fut *en demeure* de la restituer, » *il n'en serait pas tenu, quand il y aurait* » *même de sa faute*; car sa condition doit être » la même que s'il avait été le maître de la chose. » Mais, après la demande, s'il était en demeure, » il serait tenu de ce qui arriverait, même sans » sa faute. »

96. Cette doctrine raisonnable est aussi celle du Code, qui en fait l'application au cas de la vente de la chose, dans l'art. 1380. « Si celui » qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne » doit restituer que le prix de la vente, » quand même il aurait vendu la chose au-dessous de sa valeur : *Fundum indebitum dedi et fructus condico; vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.* (L. 26. § 12, *hoc. tit.*)

Par une conséquence des mêmes principes, si celui qui, de bonne foi, avait reçu la chose en payement, l'avait détériorée, s'il en avait disposé gratuitement, sans en retirer aucun profit, sans s'enrichir, il ne serait tenu à aucune restitution : *Ut si is rem acceptam donaverit, servum solutum manumiserit, si distraxerit minimo*, dit Doneau, *ubi supra*. Il cite à l'appui la loi 65, § *pen.*. *hoc. tit.*, qui porte : *Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus : si nesciens, non teneberis* (3).

97. Mais si celui qui, après avoir reçu la chose, l'a aliénée de bonne foi, quoiqu'à vil prix, ou même gratuitement, n'est tenu à rendre, dans le premier cas, que le prix qu'il en a retiré, et rien dans le second, parce qu'il n'a profité de rien; celui qui avait donné la chose en payement, et qui veut la répéter après son erreur découverte, a-t-il du moins une action vers le tiers acquéreur ou donataire de la chose (4)?

La négative résulte de la disposition de l'article 1380 qui porte que celui qui a vendu après avoir reçu la chose de bonne foi n'en doit restituer que le prix : ce n'est donc que contre le vendeur qui avait reçu la chose que celui qui l'avait donnée peut avoir une action. Comment, en effet, pourrait-il en avoir une contre le tiers acquéreur de bonne foi de celui qui était propriétaire, en vertu d'un titre légitime, comme nous l'avons vu ci-dessus?

98. Il est vrai pourtant que le vendeur n'avait qu'une propriété révocable, et que, suivant les articles 2125 et 2182, le vendeur qui n'avait sur l'immeuble qu'un droit résoluble ou sujet à rescision, ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue, sous l'affectation des mêmes résolutions, rescisions et hypothèques.

Mais ce principe, très-sage et très-vrai, souffre une exception que nous croyons unique, dans le cas de l'aliénation faite par celui qui avait de bonne foi reçu l'immeuble en payement; et cette exception est fondée en raison. C'est par un acte de la volonté libre du propriétaire que la chose a été transmise à celui qui l'a reçue en payement; c'est le propriétaire qui a conféré à ce créancier putatif (5) le titre en vertu duquel celui-ci est devenu propriétaire, et a dû être considéré comme tel. La volonté de celui qui a donné a pu être à la vérité erronée; mais elle a réellement existé, et cela suffit à l'égard des

(1) Doneau, *Commentaria juris civilis*, lib 14, cap 18.

(2) *Lois civiles*, liv. 2, tit. 7, sect. 3, n° 2.

(3) *Voy.* Dalloz, v° *Répétition*, n° 63; Rolland, *cod.*, n°s 74, 75.

(4) Immeuble, bien entendu. Si c'était un meuble, la seule possession de l'acquéreur ou donataire de bonne foi lui tient lieu de titre. (Art. 2279.)

(5) Cette raison décisive ne peut s'appliquer à l'héri-

tiers acquéreurs de bonne foi. Il ne peut leur opposer la grande maxime, la maxime fondamentale du droit de propriété : *Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.* (L. 11. ff. *de reg. jur.*) Car c'est par son fait que la chose a été transmise au créancier putatif. qui l'a aliénée de bonne foi à un tiers également de bonne foi. L'erreur de l'ancien propriétaire, suivant la doctrine de tous les jurisconsultes, puisée dans la loi même, ou plutôt suivant la loi, ne lui donne qu'une action personnelle, *condictio,* contre celui auquel il a remis la chose : cette action ne peut donc être intentée contre des tiers possesseurs de bonne foi, vers lesquels il n'a aucun principe d'action. La loi ne lui en donne que pour répéter le prix qu'en a retiré le créancier putatif qui l'a vendue. S'il agissait contre les acquéreurs, ils le renverraient donc vers leur vendeur.

99. On est d'accord sur ce point, qui n'est pas contesté; mais Pothier (1), qui d'ailleurs s'écarte si rarement du droit romain, pense néanmoins qu'il doit en être autrement en cas d'aliénation à titre gratuit; et que celui qui, par erreur, avait donné l'immeuble en payement, peut, contre la rigeur du droit, exercer une action rescisoire, *utilis in rem,* contre celui qui le possède à titre gratuit, parce que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et que, dans ce cas, le donataire *certat de lucro captando,* puisqu'il profite de la chose qui lui a été donnée, aux dépens de celui qui l'avait payée par erreur, lequel *certat de vitando damno, quod ex hujus rei indebitæ solutione sensit.*

Delvincourt (2) pense, avec raison, que l'opinion de Pothier ne peut être admise dans notre droit. On ne trouve, en effet, aucun texte, dans la législation romaine ni dans la nôtre, d'où l'on puisse induire cette distinction entre les acquéreurs à titre gratuit ou onéreux. Cependant il en faudrait un; car la donation, comme la vente, a transféré la propriété de la chose au tiers possesseur qui l'a reçue de bonne foi. La loi protége la propriété du donataire autant que celle de l'acquéreur. On ne connaît en droit qu'un seul cas où l'action révocatoire soit accordée contre le premier, et non pas contre le second; c'est le cas où l'aliénation a été faite par un propriétaire insolvable, en fraude de ses créanciers, à un tiers qui a contracté de bonne foi, sans être complice de la fraude. Les lois romaines ne permettaient pas d'exercer, en ce cas, l'action révocatoire contre l'acquéreur de bonne foi, parce qu'il répugne à la justice que la mauvaise foi du vendeur puisse ruiner un acquéreur, qui a contracté avec lui sans connaître sa fraude et sans y participer. En laissant subsister la vente, les créanciers sont victimes de la mauvaise foi du vendeur; en la révoquant, c'est l'acquéreur de bonne foi. Sous ce point de vue, la condition des créanciers est égale à celle de l'acquéreur. On ne pouvait rien reprocher ni aux premiers ni au dernier; mais celui-ci est en possession de la chose vendue : or, *in pari causa, possessor potior haberi debet.* (L. 128, ff. *de reg. jur.*)

Au contraire, la condition du donataire, quoiqu'il n'ait point participé à la fraude du donateur, n'est point égale à celle des créanciers du débiteur insolvable. Il n'y a rien à la vérité à lui reprocher, pas plus qu'aux créanciers; si la donation subsiste, les créanciers perdent tout ce qui leur est dû : si elle est révoquée, le donataire ne perd rien; il manque seulement à gagner. Ulpien en conclut, loi 6, § 11, *quæ in fraudem credit.*, 42, 8, qu'il n'est pas sensé éprouver une injustice, si la donation est annulée : *Nec videtur injuria affici..., cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.* Ainsi, dans le concours des prétentions respectives, les créanciers *certant de damno vitando;* mais remarquez bien que, dans ce cas, il n'y a pas l'ombre d'un reproche à faire aux créanciers, qui n'ont commis aucune faute. Il en est autrement dans le cas où celui qui se croyait débiteur, ayant, par erreur, transféré la propriété de la chose au créancier putatif de bonne foi, vient, après la découverte de son erreur, la réclamer vers un tiers donataire, aussi de bonne foi, qui pourrait même éprouver un grand préjudice en certains cas, quoique ayant reçu la chose gratuitement; par exemple, s'il l'avait reçue pour favoriser un mariage; et auquel enfin on ne peut faire aucun reproche, tandis qu'on peut reprocher à l'ancien propriétaire l'erreur par laquelle il a trop légèrement payé une chose qu'il ne devait pas. C'est donc ici le cas d'appliquer le principe de justice que l'erreur nuit à celui qui l'a commise : *Error nocet erranti,* et non pas à un tiers possesseur de bonne foi, dont le titre n'est fondé sur aucune erreur, ni infecté d'aucun vice (3).

100. Si avant d'aliéner la chose ou d'être réduit, par quelque cause que ce soit, à l'impossibilité de la rendre, celui qui l'avait reçue, même de bonne foi, en avait retiré quelques profits, quelques avantages quelconques, appréciables

tier putatif, qui n'a reçu aucun titre du véritable héritier, et qui s'est de lui-même mis en possession de l'hérédité. Les aliénations qu'il a faites avant d'être évincé par la pétition d'hérédité restent donc soumises à la résolution en vertu de la disposition des art. 2125 et 2182, quoique faites de bonne foi. (*Voy.* l'addition aux t. 2 et 4 à la fin du 4e volume.)

(1) Traité *de condict. indeb.*, nº 179.

(2) T. 3, p. 681, note 2, *in fine* (t. 8, p. 448 et suiv., éd. belge).

(3) Delvincourt, t. 3, p. 448, 449 (t. 8, p. 443, éd. belge), notes; Rolland, vº *Répétition*, nºs 76, 77, 78; Dalloz, *eod.*, nº 64; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 683.

en deniers, il serait obligé d'en tenir compte. La dispense de rendre la chose qui est l'objet principal de l'action ne le dispense point de rendre les fruits et autres accessoires dont il a profité : *quatenus locupletior factus est.*

Les Romains portaient si loin les conséquences de ce principe, que, si c'était un esclave qui avait été payé par erreur, et affranchi ensuite de bonne foi par celui qui l'avait reçu, ce dernier était obligé de tenir compte de la valeur des services et des ouvrages qu'il s'était réservés, comme patron, lorsque ces services étaient appréciables en deniers. (L. 26, § 12, ff. *hoc tit.*) *Hæ enim operæ recipiunt æstimationem.*

Suivant ces principes, il faut dire que, si les choses meubles payées donnaient un produit journalier, des vaches, par exemple, celui qui les a reçues devrait rendre compte du prix du lait, du beurre, du fromage, etc., *quæ recipiunt æstimationem;* car, quoiqu'il ait consommé ces produits, ils l'ont enrichi. Il en est de même des choses fongibles qu'il a consommées : *Si consumpsit frumentum, pretium repetet.* (L. 65, § 6, ff. *hoc tit.*)

Si c'était un cheval, il faudrait tenir compte du prix des loyers perçus, mais non de ceux qu'a manqué de recevoir celui qui est de bonne foi (1).

101. Enfin, si le défendeur en répétition qui a aliéné la chose avait une action pour faire rescinder le contrat, par exemple, s'il avait vendu un immeuble au-dessous des sept douzièmes de sa valeur, il devrait céder son action en rescision au demandeur qui l'exercerait à ses risques et comme il l'entendrait (2).

102. Nos meilleurs auteurs, Domat, Pothier, enseignent qu'on suivait en France, relativement aux obligations de celui qui a reçu, par erreur, une chose qui n'était pas due, ces principes tirés du droit romain, et conformes à la raison. La rédaction vicieuse de l'art. 1379 pourrait faire croire que le Code a changé les principes sur un point important, en ce qu'il semble rendre celui qui a reçu de bonne foi responsable de la perte ou de la détérioration de la chose arrivée par son fait. Il porte : « Si » la chose indûment reçue est un immeuble » ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue » s'oblige à la restituer en nature, si elle » existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute. »

L'article ajoute : « Il est même garant de sa » perte, par cas fortuit, *s'il l'a reçue de mauvaise foi.* »

Cette dernière disposition semble faire entendre que la première s'applique à celui même qui a reçu la chose de bonne foi; autrement pourquoi ajouter dans la dernière, par surabondance et par une sorte d'opposition à la première, *s'il l'a reçue de mauvaise foi ?*

Cependant, rien n'annonce d'ailleurs que le Code ait voulu s'écarter des anciens principes sur la responsabilité de celui qui a reçu, de bonne foi et s'en croyant devenu propriétaire, un immeuble qu'il se trouve ensuite obligé de rendre; il les a même consacrés en les appliquant (art. 1631) à l'acquéreur qui se trouve évincé, après avoir détérioré, par négligence, l'immeuble qu'il avait acheté. « Lorsqu'à l'époque de l'éviction, dit cet article, la chose » vendue se trouve diminuée de valeur ou » considérablement détériorée, soit *par la* » *négligence de l'acheteur*, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas » moins tenu de restituer la totalité du prix. »

Cette disposition est manifestement fondée sur le principe que celui qui néglige une chose qu'il a des raisons de croire lui appartenir ne commet pas une faute en négligeant d'en prendre le soin nécessaire pour sa conservation, et qu'on ne peut s'en plaindre : *quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est.* Cette négligence n'est une faute que de la part de celui qui, ayant reçu la chose de mauvaise foi, savait qu'il était tenu de la conserver pour la rendre.

Comme ces principes sont manifestement fondés en raison, et qu'on n'aperçoit aucun motif pour les rejeter ou pour s'en écarter, dans le cas de répétition de la chose indûment payée, auquel on les applique spécialement dans le droit romain, Delvincourt, tome III, page 682, note 2, pour rapprocher l'art. 1379 de ces principes, dit que, dans l'espèce de cet article, il faut supposer « que la chose a été à la vérité » reçue de bonne foi, mais que depuis, le possesseur a connu le vice de sa possession, et » que c'est depuis ce temps qu'est arrivé l'événement qui a causé la perte ou la détérioration. » Il appuie cette interprétation sur le texte même de l'article, qui suppose qu'il a pu y avoir faute, et qui par là même suppose que la perte ou la détérioration est arrivée depuis que le possesseur, ayant connu le vice de sa possession, est devenu possesseur de mauvaise foi.

Cette interprétation est certainement conforme au principe; il nous semble même qu'en faisant attention à la série des articles du Code, on ne peut entendre l'art. 1379 que du cas où la chose a été reçue de mauvaise foi.

Les art. 1376 et 1377 contiennent des dispositions indépendantes de la bonne ou de la mauvaise foi de celui qui a payé ou reçu, par erreur, une chose non due. L'art. 1378 passe au cas où il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu une chose mobilière : il est tenu de resti-

(1) Dalloz, vº *Répétition*, nº 54; Rolland, nºs 62, 63, 64, 65, 66; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 690.

(2) Rolland, nº 79.

tuer tant le capital que les intérêts, ou les fruits, du jour du payement.

L'art. 1379, qui en est une continuation, passe au cas où la chose reçue est un immeuble : il est tenu à la restituer en nature, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par *sa faute ;* expression qui indique que cet article, comme le précédent, ne parle que du possesseur de mauvaise foi.

Enfin, l'art. 1380 en vient au cas où la chose a été reçue de bonne foi ; et si le possesseur l'a vendue, l'article ne l'oblige qu'à restituer le prix de la vente; ce qui suppose évidemment que le possesseur n'a commis aucune faute en la vendant ; autrement il serait soumis à des dommages et intérêts.

Nous pensons donc, comme Delvincourt, que la disposition de l'art. 1379 ne peut, comme celle de l'art. 1378, s'appliquer qu'à celui qui a reçu la chose de mauvaise foi. Cependant, malgré ces interprétations ou explications, il faut convenir que la rédaction de cet article est vicieuse; mais il vaut mieux admettre un vice de rédaction dans un article de la loi, que d'y supposer une disposition contraire aux principes qu'elle consacre dans un autre article (1).

103. Passons aux obligations de celui qui a reçu de mauvaise foi une chose qu'on ne lui devait pas.

Elles sont beaucoup plus étendues et plus rigoureuses que celles de la personne qui a reçu de bonne foi. Elles ne sont plus alors fondées seulement sur la maxime de morale que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, mais encore sur le précepte commun à toutes les législations, et qui défend le larcin : *Non furaberis.* Il y a évidemment dol par réticence de la part de celui qui reçoit en payement une chose qu'il sait ne lui être pas due, ou qui ne la restitue pas, aussitôt qu'il vient à découvrir qu'il n'en était pas créancier. Avant de la recevoir, il était rigoureusement obligé d'avertir de son erreur celui qui la lui donnait. Si, au mépris de cette obligation, il garde un silence frauduleux, en recevant la chose, dans le dessein de se l'approprier, son action présente les caractères du larcin : *Furtum est contrectatio rei alienæ fraudulosa, lucri faciendi causa.* (Inst., § 1. *de oblig. quæ ex delict.*, 4, 1.) *Fur est qui rem alienam dolo malo contrectat.* (Paul., *sent.*, lib. 2, tit. 11.)

Cependant, comme c'est le propriétaire lui-même qui livre volontairement la chose, quoique par erreur, à son créancier frauduleux, les lois criminelles n'ont point prononcé de peine contre celui qui reçoit sciemment en payement une chose qu'on ne lui devait pas.

Les lois romaines, et, à leur exemple, les lois françaises, ne donnent pas contre lui l'action de vol, *actio furti*, mais l'action en répétition, *condictio indebiti.*

104. Mais elles lui imposent des obligations beaucoup plus rigoureuses qu'à celui qui a reçu la chose de bonne foi. Si c'est une somme d'argent, elles l'obligent de restituer tant le capital que les intérêts, *du jour du payement* (art. 1378); car, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi (article 1153) : on ne peut donc rien demander de plus à celui qui a reçu, de mauvaise foi, la chose soumise à la répétition (2).

105. Si, au contraire, elle était de nature à produire des fruits, il devrait, à la différence de celui qui a reçu de bonne foi, faire raison, non-seulement des fruits qu'il a perçus depuis le jour du payement, mais encore de ceux qu'il a manqué de percevoir, quoiqu'il n'en ait pas profité. Pothier, n° 172 (3).

106. S'il se trouve, par son fait, hors d'état de rendre la chose, par exemple, s'il l'a vendue, il n'est pas déchargé de l'obligation de la rendre, en restituant le prix, comme celui qui avait reçu de bonne foi; et comme il ne peut plus restituer en nature la chose qu'il a vendue, il est tenu de tous les dommages et intérêts envers celui à qui elle devait être restituée. Pothier, n° 173, *in fine* (4).

107. Si la chose a péri par cas fortuit ou force majeure, il n'en est pas moins tenu d'en restituer la valeur (art. 1379), à moins qu'il ne soit en état de prouver qu'elle fût également périe chez celui qui la lui a livrée par erreur. (Art. 1302.)

108. Si elle est seulement détériorée, il répond de sa faute (art. 1379), même la plus légère ; car, du moment où il a reçu la chose de mauvaise foi, il est soumis à l'obligation de la conserver jusqu'à la restitution, à peine de dommages et intérêts. (Argument de l'art. 1136.)

109. « Celui auquel la chose est restituée doit » tenir compte, même au possesseur de mau- » vaise foi, de toutes les dépenses *nécessaires* » *et utiles* qui ont été faites pour la conservation » de la chose. » (Art. 1381.)

110. S'il a été fait des améliorations, elles sont compensées jusqu'à due concurrence avec les détériorations. Il ne doit compte que de la plus value des améliorations utiles, quand même le défendeur en répétition aurait reçu la chose de bonne foi ; car si le propriétaire ne peut, par voie d'action, lui demander compte des dégradations qu'il a faites, sur une chose

---

(1) Rolland, n° 73.
(2) Dalloz, nos 67, 68; Rolland, *eod.*, nos 81, 82, 83.
(3) Rolland, nos 85, 86, 88 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 693.
(4) Dalloz, *eod.*, n° 92 ; Rolland, *eod.*, n° 87; Duranton, *eod.*, n° 695.

qu'il ignorait être sujette à répétition, il est néanmoins tenu d'en faire raison, par voie de déduction, sur le prix des améliorations, une chose n'étant véritablement améliorée que sous la déduction de ce qu'elle a été détériorée (1).

Si le défendeur en répétition avait reçu la chose de mauvaise foi, il faudrait également déduire la valeur des améliorations sur le prix des dégradations ; et si celles-ci étaient plus considérables, il ne devrait compte que de l'excédant (2).

111. S'il avait été fait, sur le fonds sujet à répétition, des plantations, constructions et ouvrages, il faudrait suivre les dispositions de l'art. 555.

Si le défendeur avait reçu l'immeuble de bonne foi, le propriétaire ne pourrait demander la suppression des ouvrages, plantations et constructions ; mais il aurait le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur.

Si le fonds avait été reçu de mauvaise foi, le propriétaire demandeur en répétition aurait le droit, ou de retenir les plantations, ouvrages et constructions, ou d'obliger le défendeur à les enlever.

S'il demandait la suppression, elle serait aux frais de celui qui les a faits, sans aucune indemnité pour lui ; il pourrait même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y avait lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

S'il conserve les plantations, ouvrages et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir (3).

112. Outre la gestion des affaires d'autrui sans mandat, et l'obligation de restituer ce qu'on a indûment reçu en payement, que le Code donne comme des exemples de ce qu'il appelle des *quasi-contrats*, il en existe beaucoup d'autres que le Code passe sous silence, et qu'à son exemple nous ne chercherons point à énumérer, car il serait impossible de les indiquer tous. Il suffit de se rappeler, pour en faire l'application aux cas qui peuvent se présenter, la règle établie *supra*, que tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre, sans intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose ou la somme tournée à son profit, et forme ce qu'on appelle improprement un *quasi-contrat*.

CHAPITRE II.

Des Délits et des Quasi-Délits, ou des Engagements qui en naissent.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

113. Définition et division des délits.
114. Ils donnent lieu à deux actions, l'action publique et l'action civile.
115. Définition du quasi-délit, comment il diffère du délit. Division du chapitre en trois sections.

113. Après les engagements qui naissent sans convention, à l'occasion des faits licites de l'homme, le Code passe à ceux qui naissent à l'occasion des faits illicites, qu'il divise en deux classes, les délits et les quasi-délits.

Les délits, dans l'acception la plus étendue de ce mot, sont tous les faits et actions, même les omissions, nuisibles à la société ou aux particuliers, et commis avec malignité ou dessein de nuire. On les nommait autrefois *méfaits* (4). Ce sont des infractions à la loi, toutes plus ou moins répréhensibles.

Le Code pénal du 22 février 1810 les divise en trois grandes classes, suivant la nature des peines prononcées contre les délinquants : les contraventions, les délits et les crimes.

L'infraction que les lois punissent d'une peine de police est une *contravention ;*

L'infraction qu'elles punissent de peines correctionnelles est un *délit ;*

L'infraction qu'elles punissent d'une peine afflictive ou infamante, est un *crime*. (Code pénal, art. 1.)

114. Tout méfait compris dans l'une de ces trois classes donne ordinairement lieu à deux actions contre le délinquant : 1° l'action publique, pour l'application de la peine. Elle est du ressort du droit criminel, et n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels l'exercice en est confié par la loi (5). Tout ce qui concerne cette action ne peut entrer dans le plan de cet ouvrage. 2° L'action civile, pour la réparation du dommage causé par le méfait. Cette action peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage. (Code pénal, art. 1.)

C'est cette dernière action seulement qui est du ressort du droit civil. Elle peut être poursuivie en même temps, et devant les mêmes juges, que l'action publique. Elle peut aussi

(1) *Sic* Delvincourt, t. 8, p. 450, éd. belge ; *voy.* cependant Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 695.

(2) Rolland, n° 90 ; Dalloz, n° 73.

(3) Rolland, n°s 91, 92 ; Dalloz, n° 74 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 675. Notez que, comme l'observe Rolland de Villargues, *cod. verbo*, l'action en répétition dure trente ans.

(4) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 5 (IX, éd. fr.), n°s 142 et suiv.

(5) Code d'instruction criminelle, art. 1er.

l'être séparément : mais dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. (Art. 3, *ibid.*)

Le Code civil ne s'occupe point des règles à suivre pour exercer cette action, mais seulement des engagements ou des obligations d'où elle dérive.

115. Les quasi-délits sont des faits nuisibles, commis sans malignité ou dessein de nuire, mais qui, soit par la faute, soit par l'imprudence ou la négligence de leur auteur, causent du dommage à autrui.

De plus, la loi ne rend pas seulement l'homme responsable du dommage qu'il a causé *par son propre fait*, par sa faute ou son imprudence personnelle, elle veut encore qu'il réponde du dommage causé par le fait des personnes ou des choses qu'il a sous sa garde (art. 1384), parce qu'elle présume qu'il y a de sa part négligence ou défaut de surveillance.

Ce chapitre se divise donc naturellement en deux sections :

La première, de la responsabilité de son propre fait ou de ses fautes personnelles ;

La seconde, de la responsabilité du fait des personnes ou des choses que l'on a sous sa garde. Nous en ajouterons une troisième sur les engagements sans convention, qui naissent à l'occasion d'accidents ou de cas fortuits.

SECTION I.

De la responsabilité de son fait propre ou de ses fautes personnelles.

SOMMAIRE.

116. Les engagements qui naissent des délits et quasi-délits sont tous compris sous les dispositions des art. 1382 et 1383, qui rendent l'homme responsable du dommage causé par son fait.

117. Ce mot comprend tant les actions que les omissions ou réticences nuisibles à autrui, même la faute de celui qui n'a pas empêché un méfait qu'il pouvait et devait empêcher.

118. Il y a des fautes nuisibles, qui n'obligent point leur auteur à réparer le dommage ; il faut, de plus, qu'il soit arrivé par sa *faute*.

119. Véritable sens de l'art. 1382. Il entend par *faute* celle qu'on commet en faisant ce qu'on n'avait pas le droit de faire. On n'est point en faute quand on n'use que de son droit, sans en excéder les limites. Exemple.

120. On a droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi. Elle défend tous les faits nuisibles à la société ou aux membres qui la composent.

121. Les faits nuisibles aux droits d'autrui divisés en deux classes : attentats à sa personne ou à ses droits personnels ; attentats à sa propriété ou à ses droits réels. Ces attentats sont défendus et punis, outre la réparation des dommages qu'ils ont causés.

122. Ces défenses sont sanctionnées par le droit civil. Ce qu'il ne défend pas ne peut être empêché ni puni.

123. Le droit de possession est au nombre de ceux auxquels il est sévèrement défendu d'attenter. Il fait présumer le possesseur propriétaire, jusqu'à la preuve du contraire.

124. Il n'est acquis que par le laps d'une année paisible de possession.

125. Elle prend alors, suivant nos anciennes coutumes, le nom de *saisine*, et donne une action pour se faire maintenir ou réintégrer, même contre le véritable propriétaire.

126. Cette action était appelé *complainte* ou *réintégrande*. Le Code de procédure n'en parle que sous le nom général d'*action possessoire*.

127. Nos coutumes exigeaient l'an et jour. Le Code de procédure n'exige qu'*une année au moins*. La possession qui a duré moins d'une année ne confère aucun droit, ni par conséquent aucune action au possesseur, pour se faire maintenir ou réintégrer.

128. On avait autrefois voulu distinguer, en accordant au possesseur non annal contre un tiers la réintégrande qu'on lui refusait contre le propriétaire ou le précédent possesseur annal.

129. On prétendait fonder sur le silence de l'ordonnance de 1667 cette distinction contraire aux principes, et qui est rejetée par le Code de procédure, art. 23.

130. L'action en réintégrande formée par le possesseur non annal n'est donc pas recevable ; ce qui est conforme aux principes sur la preuve.

131. L'erreur de ceux qui la lui accordaient était puisée dans Beaumanoir, l'un de nos plus anciens praticiens. Il l'accordait même au larron contre le propriétaire qui s'était ressaisi de sa chose avant l'année expirée.

132. Fausseté de sa doctrine.

133. Qui cependant a égaré un illustre et savant magistrat, et un auteur très-recommandable. Examen de leur doctrine, et d'un arrêt dont le dernier prétend l'étayer.

134. Il est certain aujourd'hui que le propriétaire ou le possesseur annal, dépouillé depuis moins d'une année, peut se ressaisir de la chose de son autorité privée, sans que le spoliateur, qui n'avait encore acquis aucun droit, ait aucune action pour s'en plaindre.

135. On en avait douté, sous prétexte que toute voie de fait est défendue. Ce qu'on entend par *voie de fait*, opposée à la *voie de droit*.

136. Elle prend le nom d'*attentat*, lorsqu'il y a violence ou entreprise sur les droits d'autrui.

137. Tous les *attentats* sont défendus et punis, mais non les simples *voies de fait*, par lesquelles j'exerce paisiblement mes droits et mon autorité privée, sans recourir à la justice. Exemples et autorités. Distinction entre le délit et la chose qui a été l'occasion du délit.

138. La loi du 4 brumaire an IV sembla défendre et pu-

nir des peines de police toute *voie de fait*, sans distinction.

139. Mais cette loi est abrogée par le silence du Code pénal de 1810. Aujourd'hui, aucune loi ne punit les simples voies de fait, qui ne sont pas des *attentats*. Exemples. Arrêt de la cour de cassation.

140. Distinction des voies de fait défendues, et des voies de fait permises.

141. Les violences qui peuvent accompagner les voies de fait, même permises, peuvent être de nature à caractériser un crime, un délit ou une contravention, dont la connaissance appartient aux tribunaux criminels, correctionnels ou de police.

142. Ces tribunaux doivent renvoyer aux juges ordinaires les questions de propriété ou de possession dont ils ne peuvent connaître.

143. Ainsi, le juge qui est en même temps juge de paix et de police ne peut statuer, par un même jugement, sur la question de possession ou de propriété, et sur le délit qu'elle tend à détruire. Arrêt de la cour de cassation.

144. Conséquence des principes exposés. Je puis exercer sur ma propriété toutes les voies de fait qui ne sont pas défendues, quoique préjudiciables à autrui, parce que je ne fais qu'user de mon droit.

145. Mais je ne puis faire parvenir sur l'héritage voisin rien de nuisible ou d'incommode au propriétaire, tels que de la fumée, des odeurs méphitiques, etc.

146. Par conséquent, rien jeter de nuisible sur l'héritage voisin, ou sur un lieu public où le public peut passer ou s'arrêter.

147. C'est une conséquence de ce principe établi par les art. 1382 et 1383, que tout fait de l'homme qui cause du dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

148. On proposa, pour développer cette conséquence, deux articles, dont l'un établissait la solidarité entre ceux qui habitent la maison d'où a été jeté quelque chose de nuisible.

149. Mais après l'adoption de ces articles, ils furent retranchés tous deux, sur l'observation qu'il suffit d'énoncer le principe, sans y ajouter des exemples; retranchement qui laisse indécise la question de solidarité.

150. Un professeur célèbre pense que la solidarité doit avoir lieu en ce cas. Fondement de son opinion, qui ne paraît pas fondée.

151. Il n'existe point de loi qui prononce la solidarité entre plusieurs condamnés pour un même quasi-délit, ou pour une même contravention. Discussion de l'art. 55 du Code pénal.

152. Et de deux arrêts de la cour de cassation, qui confirment l'opinion de l'auteur, au lieu d'y être contraires.

153. Les art. 1382 et 1383, sur la responsabilité des fautes, s'appliquent aux fautes les plus légères. On ne peut s'excuser ni sur l'intention, ni sur l'ignorance ou l'impéritie, ni même sur la faiblesse. C'est une faute d'entreprendre ce qui est au-dessus de ses forces.

154. On répond du dommage dont notre fait n'a point été la cause immédiate, mais seulement l'occasion. C'est une suite de l'imprudence, dont l'art. 1383 rend responsable. Plusieurs exemples.

155. Imprudence de celui qui fait du feu dans les champs. Disposition de l'ordonnance de 1669.

156. Nos lois nouvelles confient à l'autorité administrative le soin de prévenir les incendies, et de publier les anciens règlements de police qui prescrivent des mesures à ce sujet.

157. Il y a des mesures générales communes à toute la France. Loi du 28 septembre 1791. Code pénal, art. 458.

158. D'autres prescrites par des règlements locaux, dont l'inobservation constitue une faute.

159. La faute la plus légère suffit, pour obliger à répondre de l'incendie et de ses suites. Examen de l'opinion et des distinctions d'un grand jurisconsulte, Merlin, qui applique à la responsabilité des incendies la doctrine des interprètes, sur la prestation des fautes divisées en trois classes. Cette doctrine rejetée par le Code.

160. Si la cause de l'incendie n'est pas connue, la loi le présume causé par la faute de ceux qui habitent la maison, sauf la preuve du contraire. Nécessité de cette présomption très-anciennement reçue en France.

161. Même contre les locataires. Lois et jurisprudence anciennes. Art. 1733 du Code. Conséquence de cet article.

162. Le maître du logis répond de l'incendie causé non-seulement par sa faute, ses enfants et domestiques, mais encore par ses hôtes et tous ceux qu'il admet en sa maison.

163. Mais il a une action en garantie contre celui de ses hôtes qui a causé l'incendie. Cette action ne le dégage pas envers le propriétaire et autres.

164. Aurait-il une action contre sa femme, qui a causé l'incendie? Renvoi au titre suivant.

165. Il en aurait une contre son enfant majeur qui serait en faute. Celui-ci serait obligé de rapporter ce que le père commun aurait payé en son acquit.

166. Le locataire répond, envers le propriétaire, des fautes de ses sous-locataires, de ceux qu'il reçoit chez lui, en fait d'incendie; ce qui est conforme à l'ancienne jurisprudence.

167. Si la présomption légale de culpabilité s'étend aux personnes qu'il logeait, de manière à donner contre elles une action au propriétaire.

168. Celui-ci ne pourrait agir sans preuve, en vertu de la seule présomption légale contre le commensal du locataire.

169. Mais il pourrait agir en vertu de cette présomption contre ses sous-locataires, comme exerçant les droits du locataire.

170. Si plusieurs locataires habitent la maison, sans qu'on sache par où le feu a commencé, tous sont solidairement obligés, en vertu de la présomption légale. Erreur de Pothier, proscrite par l'art. 1234 du Code.

171. Celui des locataires qui serait seul présumé en

adversaire, pour faire en même temps réformer le jugement. Distinction.
217. *Quid* si celui qui a obtenu le jugement est complice du fait du juge?
218. S'il ne l'est pas, le jugement ne peut être attaqué, à moins qu'en écartant le juge pris à partie, les autres ne restassent en nombre insuffisant. Les délais de l'appel et de la requête civile expirés ne revivraient point, en ce cas, par l'admission de la prise à partie.
219. Si la prise à partie était fondée sur la prononciation illégale de la contrainte par corps, le jugement pourrait être cassé pour excès de pouvoir; mais s'il était bien rendu au fond, la disposition qui prononce le *par corps* serait seule annulée.
220. La prise à partie n'est point une action pénale; elle n'est qu'un moyen donné à la partie lésée d'obtenir la réparation du dommage que lui a causé le juge.
221. S'il n'y avait de sa part qu'impéritie ou ignorance, le droit romain abandonnait la quotité du dédommagement à l'arbitrage du magistrat.
222. S'il y avait dol, il devait payer la valeur entière de ce qui faisait l'objet du procès.
223. Aujourd'hui, pour connaître quels dommages-intérêts doivent les juges pris à partie, il faut examiner les différents cas où ils peuvent l'être. La réparation ne peut être la même dans tous les cas.
224. Quels sont ceux qu'ils doivent en cas de déni de justice.
225. Quels, si la prise à partie est fondée sur la prononciation illégale de la contrainte par corps.
226. Quels dommages et intérêts doit le juge de paix pris à partie, en vertu de l'art. 15 du Code de procédure.
227. Quels, doivent les juges pris à partie, en vertu des art. 114 et 119 du Code pénal, pour atteinte à la liberté individuelle.
228. Quels, doivent les juges pris à partie, en vertu des art. 77, 112, 164, 271, 370 et 393 du Code d'instruction criminelle.
229. Quels, doivent les juges pris à partie, pour dol, fraude, ou concussion. Examen de différents cas. Exemples.

116. Les engagements ou obligations que la loi fait naître sans convention, à l'occasion des délits ou des quasi-délits, sont tous également compris sous les dispositions générales des articles 1382 et 1383. Le premier porte : « Tout » fait quelconque de l'homme qui cause à au- » trui un dommage oblige celui par la faute » duquel il est arrivé à le réparer. »

117. Cet article comprend généralement tous les faits quelconques qui causent, immédiatement et par eux-mêmes, du dommage à autrui; et le mot *fait* est pris ici dans le sens le plus étendu, et comprend non-seulement toutes les actions et omissions nuisibles à autrui, mais encore les réticences (1); par exemple, celui qui reçoit en payement ce qu'il sait ne lui être point dû commet une faute ou un dol par réticence; il est tenu de réparer les dommages et intérêts qu'en souffre celui qui l'a payé par erreur. C'est pour cela que l'article 1378 le soumet à payer, outre le capital, les intérêts et les fruits, du jour qu'il a perçu le payement.

Enfin, la disposition de notre article comprend, sous le mot de *fait*, la faute que commet celui qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêchée. Il est censé l'avoir faite lui-même (2). C'est, en effet, une sorte de complicité que de ne pas empêcher une action nuisible, quand on en a le pouvoir : on doit donc en répondre civilement (3).

118. Si l'énonciation de l'art. 1382 n'était pas limitée, elle serait fausse par trop de généralité; car il y a des faits de l'homme qui, quoique nuisibles à autrui, n'obligent point celui qui les a commis à réparer les dommages qu'ils peuvent avoir causés; mais les premières expressions de cet article, trop générales en apparence, sont sagement limitées par la disposition finale, qui n'oblige à réparer le dommage que celui *par la faute duquel il est arrivé* (4).

119. Que faut-il entendre ici par *faute?* Ce n'est point le degré de culpabilité, suivant lequel on distingue la faute du dol, la faute lourde de la faute légère ou très-légère, puisque l'article suivant soumet à la réparation du dommage causé, non-seulement par une faute, mais encore par une imprudence, par une simple négligence (5). L'art. 1382 entend donc ici par

(1) *Voy.* ce que nous avons dit sur le dol par réticence, t. 2 (I, éd. fr.), n° 88, et t. 3 (II, éd. fr.), n°s 168 et 169.

(2) *Voy.* lois 44 et 45, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2. *In lege Aquilia, et levissima culpa venit.*

« Quoties sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est.

» Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit. » *Voy.* aussi la loi 121, ff. *de reg. jur.*, et loi 4, Cod., *de nox. act.*, 3, 41.

C'est un principe reçu chez toutes les nations civilisées. Le Code prussien, 1re part., tit. 6, n° 59, porte :

« Celui qui souffre sciemment ce qu'il pouvait et devait » empêcher, en répond comme s'il l'avait ordonné. »

Domat, *des Lois civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4, n° 8, dit aussi :

« Ceux qui, pouvant empêcher un dommage que quel- » que devoir les engageait de prévenir, y auront man- » qué, pourront en être tenus, suivant les circonstances. » Ainsi un maître qui voit et souffre le dommage que » fait son domestique, pouvant l'en empêcher, en est » responsable. »

(3) *Voy.* Proudhon, *de l'Usufruit*, n°s 1524, 1525; Rolland, v° *Dommage*, n° 2.

(4) Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 55; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n°s 712, 713; Proudhon, Rolland, *ubi supra*. *Voir* aussi. Bruxelles, 3 juillet 1830; Merlin, *Répert.*, v° *Quasi-délit*, n° 12; Pothier, *Oblig.*, n° 118.

(5) Il suffit de la faute même la plus légère. (Brux., 29 novembre 1827.)

faute, celle qu'on commet en faisant une chose qu'on n'avait pas le droit de faire, *quod non jure fit* (1); car on ne peut être en faute, en faisant ce qu'on a droit de faire (2), pourvu qu'on n'excède pas les justes limites de son droit, et pourvu qu'il ne paraisse pas clairement qu'entre plusieurs manières d'exercer son droit, on a choisi, dans le dessein de nuire à un autre, celle qui pourrait lui être préjudiciable (3). Ce serait le cas d'appliquer la maxime : *Malitiis non est indulgendum.* (Loi 38, ff. *de rei vindict.*. 6, 1.)

On n'est même pas censé en faute, en faisant ce que l'on était autorisé à croire avoir le droit de faire. Nous en avons vu un exemple *supra,* dans celui qui a reçu en payement une chose qu'il croyait de bonne foi lui être due. S'il la laisse détériorer, détruire même par sa négligence, c'est un dommage que le propriétaire, qui exerce la répétition après l'erreur reconnue, ne peut l'obliger à réparer, parce qu'il n'a commis aucune faute, en négligeant le soin d'une chose qu'il croyait sienne : *Quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est.*

A plus forte raison, celui qui ne fait que ce qu'il a réellement le droit de faire, celui qui n'use que de son droit, ne commet aucune faute. S'il en résulte quelque dommage pour autrui, c'est un malheur que l'auteur du fait n'est pas tenu de réparer, et qu'il n'est même pas, aux yeux de la loi, censé avoir causé. *Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet.* (Loi 151, ff. *de reg. jur.*)

Par exemple, en creusant un puits dans mon fonds, je détourne la source qui alimentait le puits inférieur de mon voisin. C'est un dommage qu'il éprouve, et qu'il éprouve par mon fait; mais je ne suis point tenu de le réparer (4), parce que je n'ai fait qu'user de mon droit, sans commettre aucune faute.

Il en est de même lorsqu'en labourant la terre de mon jardin, je coupe les racines des arbres du jardin voisin, que cette opération fait périr. (Art. 672.)

Il en est encore de même si je détourne la source, *caput aquæ,* qui prend naissance dans mon fonds (art. 641), et dont les eaux, depuis un temps immémorial, servaient à fertiliser les fonds inférieurs, ou même que le propriétaire de ces fonds avait réunies dans un canal, pour alimenter un moulin qu'il fait construire plus bas (5). Je ne suis point obligé de réparer le dommage que cause le détournement de ma source. Telle est la loi de la propriété.

Le véritable sens de notre art. 1382 est donc que celui qui cause du dommage à autrui, en faisant ce qu'il n'avait pas le droit de faire, ou en négligeant de faire ce qu'il devait faire, est obligé de réparer le dommage arrivé par sa faute (6).

120. Mais quelles sont les choses qu'on a ou qu'on n'a pas le droit de faire? C'est ce qu'il était peut-être impossible d'expliquer nettement sous un gouvernement absolu, et sous une législation imparfaite, telle que notre précédente législation française, qui, n'ayant point reconnu les droits et les principes les plus sacrés sur la liberté de l'homme, en abandonnait l'application et les conséquences à la jurisprudence incertaine et variable des cours de justice. Sous notre nouvelle législation, au contraire, où les droits naturels de l'homme ont été reconnus, proclamés et solennellement consacrés; où les principes qui en dérivent ont été érigés en préceptes obligatoires pour l'autorité, il est facile, en remontant à la règle générale, pour en déduire les conséquences, d'expliquer quelles choses chaque citoyen a le droit de faire.

Cette règle générale est que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis, et ne peut être empêché (7). Cette règle est, au reste, très-ancienne, puisqu'elle n'est qu'une traduction de la définition que nous ont transmise les anciens jurisconsultes romains de la liberté : *Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibetur.*

Ainsi donc je puis faire tout ce que la loi ne me défend pas. Personne n'a le droit de m'en empêcher, pas même le magistrat le plus éminent; car il n'est établi que pour faire exécuter la loi. Or, en faisant ce qu'elle ne me défend pas, j'use d'un droit naturel qu'il doit respecter et même protéger. La liberté de mes actions n'a d'autres bornes que celles qui assurent également aux autres membres de la société la jouissance de leurs droits naturels ou acquis; et ces bornes, la loi les a sagement posées par des dispositions prohibitives, et même pénales contre tous les faits nuisibles, soit à la société, soit aux droits des membres qui la composent. Ces derniers droits sont les seuls qui soient du ressort du droit civil.

121. Les actes nuisibles aux droits d'autrui

---

(1) L. 5, § 1, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.

(2) « Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. » (L. 55, ff. *de reg. jur.*)

« Icelui n'attente qui n'use que de son droit, » dit l'art. 107 de la coutume de Bretagne. C'est une maxime fondée sur la raison et universellement reçue. « Celui » qui use de son droit, sans en excéder les justes limites, » n'est point tenu à réparer le dommage causé à un » autre par l'exercice de ce droit. » (Code prussien, 1re part., tit. 6, no 36.)

(3) Code prussien, 1re part., t. 6, no 37. *Voy.* dans ce sens, Liége, 13 juillet 1844 (*J. de Belg.*, 1846, p. 221).

(4) L. 1, § 12, ff. *de aqua*, etc., 39, 3.

(5) *Voy.* le *Traité du régime des eaux*, par Garnier, no 141, p. 110 et suiv., où l'auteur entre dans de grands détails, et cite les autorités les plus respectables.

(6) Rolland, vo *Responsabilité*, nos 18, 19; Merlin, vo *Intérêts*, § 2.

(7) Art. 5 de la déclaration des droits de l'homme, de 1791.

sont naturellement divisés en deux grandes classes, qui les comprennent tous, sans exception :

Attentats à la personne ou aux droits personnels d'autrui ;

Attentats à sa propriété ou à ses droits réels.

La première classe comprend toutes les atteintes à la sûreté, à la liberté, à la réputation ou à l'honneur des personnes, à l'exercice de leurs droits personnels.

La seconde comprend tous les attentats contre la propriété ou les biens d'autrui, lorsqu'on les dévaste ou détériore, lorsqu'on le prive de sa jouissance ou de sa possession, lorsqu'on attente à ses droits réels, lorsqu'on l'empêche d'en acquérir.

Or, tous les attentats à la sûreté, à la liberté ou à la réputation des personnes (1), les troubles même apportés à l'exercice de leurs droits personnels, sont non-seulement défendus, mais encore réprimés et punis par des peines plus ou moins sévères, suivant le genre d'attentat et les circonstances : on peut en voir le détail dans le Code pénal.

Les attentats à la propriété d'autrui (2), ainsi que les troubles à l'exercice de ses droits réels, sont également tous défendus et réprimés par des peines et des amendes, outre la réparation du dommage qu'ils ont causé (3).

122. Toutes ces défenses et prohibitions dérivent, sans doute, de cet axiome sublime de morale naturelle et divine : « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fît à toi-même. » Mais qui ne sait que les règles et les conséquences les plus directes du droit naturel sont toujours méconnues et contestées par la mauvaise foi, partant, insuffisantes, quand elles ne sont pas clairement fixées et sanctionnées par les dispositions positives du droit civil? Lorsqu'elles ne le sont pas, la législation est imparfaite, et c'est alors seulement qu'on pourrait peut-être regarder comme dangereuse cette maxime fondamentale de toute bonne législation, que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis, et ne peut être empêché ; que nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. Mais, sous une législation telle que la nôtre, cette maxime est devenue une vérité élémentaire, dont les conséquences peuvent servir à résoudre des questions que les esprits timides craignaient de décider. Nous en verrons des exemples.

Ainsi donc, tous les actes qui ne sont point nuisibles à la société, et qui ne portent atteinte ni aux *droits personnels* ni aux *droits réels* d'autrui, sont permis, et ne peuvent être empêchés ni punis, quand même ils causeraient quelque dommage ou préjudice à d'autres personnes ; car remarquez bien qu'il n'y a que les attentats à *leurs droits* qui soient défendus. Si, en exerçant les miens, sans en excéder les justes limites, je cause à autrui du dommage, je ne suis point tenu de le réparer, parce que je n'ai fait qu'user de mon droit, qu'il est lui-même obligé de respecter. Nous en avons déjà vu des exemples *supra*, n° 119.

123. Remarquez encore que le *droit* de possession est au nombre de ceux auxquels il est sévèrement défendu d'attenter. Ceci mérite une explication plus ample.

Nous avons vu, tom. Ier, nos 64 et suiv., qu'avant l'état civil, la propriété n'était point séparée de la possession, qu'elle s'acquérait par l'occupation, se conservait par la possession, et se perdait avec elle. Mais quand la propriété eut été rendu permanente, quand elle fut devenue un droit qui se conservait *nudo animo*, indépendamment de la possession de la chose, la possession devint aussi un droit subsistant par lui-même ; en sorte que, suivant le langage même des lois, ces deux droits n'eurent plus rien de commun : *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (loi 12, § 1, ff. *de acquir. possess.*, 41, 2); c'est-à-dire qu'on peut avoir la propriété sans la possession, *et vice versa*, la possession sans la propriété. La possession continua même d'être un moyen d'acquérir la propriété, par un certain laps de temps, et conserva l'éminente prérogative de faire présumer le possesseur propriétaire jusqu'à la preuve du contraire.

124. Mais cette importante présomption de propriété ne fut point attachée à une possession éphémère ou trop récente, pour présenter l'apparence d'un droit. La loi exigea sagement le laps d'une année, ou de douze mois au moins de possession paisible, pour conférer au possesseur le *droit de possession*, qui le fait provisoirement présumer propriétaire. Ce délai paraît fondé sur la nature des choses : car le laps d'une année est ordinairement nécessaire pour faire sur un terrain tous les actes qui caractérisent une véritable possession. Aussi cette fixation est très-ancienne en France, et touche au berceau de la monarchie, puisqu'on la trouve établie dans le tit. 47 de la loi salique (4). Après le laps

---

(1) *Voy* les art. 367-378 du Code pénal, et l'art. 471, n° 11, qui, crainte d'oubli dans l'énumération des cas, punit d'une amende :

« Ceux qui, sans avoir été provoqués, auront proféré » contre quelqu'un des injures autres que celles prévues » depuis l'art. 367 jusques et compris l'art. 378. »

(2) Même les plus légers ; par exemple, le passage sans droit sur le terrain d'autrui est puni d'une amende, si le terrain est préparé et ensemencé. Même art. 471, n° 13. S'il ne l'est pas, ce passage donne lieu à une action civile, pour faire défense de passer à l'avenir.

(3) Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 44 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, nos 1485, 1486 ; Rolland, v° *Dommage*, nos 13, 14, 15, 16, 20, 23 ; Duranton, t. 9 (XVIII, éd. fr.), n° 243.

(4) Il est intitulé : « De eo qui villam alienam occupa-

d'une année de possession paisible, le public, qui a vu le possesseur agir comme agirait un propriétaire, a dû le regarder comme tel.

125. La possession annale prenait, suivant nos anciens praticiens et suivant nos coutumes, le nom de *saisine* (1). En faisant présumer le possesseur propriétaire, elle lui donne le droit de se plaindre en justice, même contre le vrai propriétaire dépossédé depuis plus d'une année, de tous les troubles ou attentats contre *sa saisine*, et de se faire provisoirement maintenir ou réintégrer dans sa possession, s'il en a été dépouillé; et cela, sans que le propriétaire puisse être écouté à alléguer ou à prouver, pour sa défense, son droit de propriété qui ne peut être examiné, et sur lequel la justice ne peut prononcer qu'après avoir statué sur le droit de possession ou de saisine.

126. C'est cette action du possesseur annal troublé ou dépossédé par voie de fait, même par le propriétaire, que l'on appelait du nom général de *complainte* (2), et à laquelle on donna le nom de *réintégrande*, lorsque le possesseur, n'ayant pas été seulement troublé dans sa possession, mais encore dépossédé, demandait à y être établi ou réintégré. Notre Code de procédure (art. 23) n'en parle que sous le nom général d'*action possessoire*.

127. Au laps d'une année exigé pour conférer le droit de possession, nos anciens auteurs et nos coutumes avaient ajouté un jour, on ne sait trop pourquoi. Ils exigeaient la possession d'*an et jour*, pour conférer le droit de saisine; mais le Code de procédure est revenu à la loi salique, en n'exigeant plus qu'une *année au moins*. C'est donc à la possession annale qu'est attaché le droit de possession qui donne la *saisine*. Ainsi la simple possession et la saisine diffèrent, en ce que la première, purement de fait, s'acquiert par un seul instant de détention, au lieu que, pour avoir la *saisine*, il faut avoir possédé *nec vi, nec clam, nec precario*, pendant le cours d'une année au moins (3). Mais la simple possession ne confère et n'a jamais conféré aucun droit. « Car, » pour former complainte, dit le grand Coutu- » mier de France, liv. 2, chap. 1, il faut avoir » possédé pendant un an et jour. » (Aujourd'hui un an seulement.)

C'est donc un principe reconnu, un principe certain dans notre jurisprudence française, que la simple possession ou détention, qui n'a duré qu'un instant, qu'un jour, un mois, en un mot moins d'une année, est un fait qui ne confère aucun droit au possesseur ou détenteur de la chose, de quelque manière qu'il en ait acquis la possession; d'où résulte, par une conséquence nécessaire, qu'il n'a aucune action pour s'y faire maintenir ou réintégrer; car l'action ne peut naître que d'un droit : *Est jus persequendi in judicio quod sibi debetur*. Que pourrait-il donc demander, puisqu'il n'a aucun droit acquis?

Ceci nous paraît aussi rigoureusement démontré qu'un théorème de mathématiques.

128. Cependant, avant les lois nouvelles, on avait voulu faire une distinction ou une exception à ce principe. On refusait au possesseur non annal toute action de complainte contre le propriétaire ou contre le possesseur annal qu'il avait troublé, et qui était rentré dans la possession de la chose avant l'année de la possession expirée; mais si le possesseur annal était spolié ou dépossédé par une tierce personne, qui n'avait dans la chose ni droit ni possession, plusieurs auteurs pensaient qu'il pourrait former, contre ce tiers perturbateur, une action en réintégrande, sans que celui-ci pût l'obliger à prouver une possession annale. Il suffisait qu'il possédât au moment de la spoliation (4).

Cette distinction était évidemment contraire aux principes reçus. Puisqu'on établissait, en principe, que le possesseur non annal n'avait pas le droit de complainte contre le propriétaire ou contre le précédent possesseur annal, on devait également la lui refuser contre celui qui le dépossédait par voie de fait; car l'un et l'autre étant également répréhensibles, également sans droit, *in pari causa*, le possesseur actuel devait être préféré : *In pari causa possessor potior haberi debet* (5). (Loi 128, ff. *de reg. jur.*)

129. Mais on prétendait fonder cette distinction sur le texte même de l'ordonnance de 1667, tit. 18, art. 1, qui ne dit pas en toutes lettres qu'il faille être possesseur annal pour se plaindre, mais seulement qu'on doit se plaindre dans l'année. On en concluait que, si l'ordonnance n'avait point impérativement exigé la possession annale pour former la complainte ou la réintégrande, c'est parce qu'elle n'était pas requise contre les tierces personnes.

Cette opinion, loin d'être générale, était rejetée par des auteurs très-exacts, notamment par Duplessis, *Traité des Actions*, liv. 1er, où il enseigne que, « pour *être capable* de former cette » action (de complainte ou réintégrande), il faut » avoir eu la possession de la chose, du moins » par an et jour; et quoique la coutume ne le

---

verit, vel si duodecim mensibus eam tenuerit. » *Voy.* le texte dans la collection de Baluze, ou dans le *Codex legum antiquarum*.

(1) *Voy.* le tit. 4 de la coutume de Paris, et *ibid.*, de Laurière.

(2) *Voy.* de Laurière, *ubi supra*; Merlin, *Répertoire*, vo *Question préjudicielle*, 5e édition.

(3) Sur tout cela, *voy.* l'excellent Traité de Henrion de Pansey, sur la compétence des juges de paix, chap. 32-37 et 52.

(4) *Voy.* les *Principes du droit français* par notre savant Duparc-Poullain, t. 10, p. 704.

(5) Junge leg. 154, *ibid.* « Cum per delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa. »

» dise pas *expressément*, cela résulte assez du » chef ci-après joint, que c'est un ancien droit » français tiré des lois saliques, que la *prescription* s'acquiert par l'an et jour, et cette action » doit être intentée dans l'an et jour du trouble; » autrement on n'y est plus reçu, parce que » l'autre a acquis la *prescription* de la possession par cet espace, etc. »

C'est cette opinion de Duplessis qu'a suivie avec raison le Code de procédure. L'article 25 porte comme l'ordonnance de 1667 que « les » actions possessoires ne sont *recevables* qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année » du trouble. »

Mais afin qu'on ne puisse plus argumenter du silence de la loi, il ajoute, ce qui n'était point dans l'ordonnance, « par ceux qui, depuis *une* » *année au moins*, étaient en possession paisible, par eux ou les leurs, à titre non pré- » caire. »

150. Donc celui qui n'est pas en possession paisible, *depuis un an au moins*, n'est pas *capable*, comme disait Duplessis, d'exercer aucune action possessoire. Elle ne serait pas *recevable*, dit le Code, parce qu'en effet le demandeur est sans droit, et par conséquent sans qualité, sans capacité pour la former. Ce n'est qu'au possesseur annal qu'est accordée cette action, parce que le droit de possession sur lequel elle est fondée n'est acquis, ou, comme dit Duplessis, prescrit que par le laps d'une année. La distinction que l'on voulait faire entre le cas où le possesseur non annal était dépossédé par le propriétaire ou par le précédent possesseur annal, et le cas où il était dépossédé par un tiers perturbateur, est donc non-seulement contraire à la nature de l'action possessoire, mais encore aux principes de droit les plus certains sur les preuves.

Cette action est fondée sur le *droit* de possession, qui n'est acquis que par l'espace d'une année. Celui qui forme l'action est demandeur : c'est donc à lui de prouver qu'il a le droit de possession, autrement qu'il est possesseur annal, sans quoi son action n'est pas *recevable*, dit notre art. 25. Il ne peut changer les rôles, et dire à celui qui l'a dépossédé : J'étais en possession avant vous, donc j'y dois être réintégré; car vous ne possédez pas depuis un an. Le défendeur lui répondrait avec avantage : Je suis possesseur actuel. Vous reconnaissez vous-même ma possession en agissant contre moi pour m'en faire déposséder. Il me suffit que ma possession actuelle soit reconnue. Vous n'avez rien à me demander de plus. Vous ne pouvez me demander ni de quel droit je possède, ni depuis quand. C'est ce que je vous dirai lorsque vous aurez prouvé que votre action est fondée sur une possession annale antérieure à la mienne; mais loin de prouver cette possession, vous ne l'alléguez même pas. Votre action n'est donc pas *recevable;* vous ne pouvez être écouté. Quant à moi, je n'ai rien à prouver : *Actore non probante, reus absolvi debet, licet ipse nihil præstet.*

L'art. 25 du Code de procédure a donc suivi et consacré les vrais principes, en déclarant *non recevable* toute action possessoire formée par celui qui n'a pas la possession annale.

151. Outre le silence de l'ordonnance de 1667, et de la coutume de Paris, qui n'exigeaient point littéralement la possession annale pour être capable de former l'action de complainte ou de réintégrande, l'erreur de ceux qui accordaient une action possessoire au possesseur non annal était favorisée par un de nos plus anciens auteurs français, par Beaumanoir, qui écrivait en 1283.

Cet auteur enseigne, chap. 32 de la coutume de Beauvoisis, que si je suis en saisine, bonne ou mauvaise, de quelque chose que ce soit, et de quelque temps que ce soit, *grand ou petit,* si je suis dépossédé sans jugement, je dois être ressaisi avant tout; tellement que si un larron avait enlevé une chose dont le propriétaire se ressaisit ensuite sans justice, le larron pourrait s'en faire resssaisir *avant toute œuvre,* et le propriétaire à qui la chose a été enlevée devrait la rendre, sauf ensuite à faire justicier le larron du méfait.

Ainsi suivant Beaumanoir, pag. 168, on peut avoir l'action de réintégrande de telle chose, qui après *emportait la hart.* Par exemple, le voleur d'un cheval, de deniers ou de meubles, pourrait s'en faire ressaisir *avant toute œuvre,* par le propriétaire auquel il les avait enlevés, si celui-ci les avait repris sans justice, sauf, après les avoir rendus, à faire prendre ensuite son voleur. Voici l'espèce d'un jugement rapporté par le même Beaumanoir, pages 169 et 170 :

« Jean, propriétaire d'un terrain, en fut dépossédé au mois de mars par Pierre, qui le laboura et ensemença. Au mois d'août, Pierre fit couper les blés, mais Jean survint, ôta les ouvriers de Pierre, et enleva toutes les récoltes.

» Pierre le fit ajourner sur *nouvelle dessaisine,* c'est-à-dire en complainte et réintégrande. Jean répondit vainement qu'il était propriétaire et dernier possesseur annal du terrain, et que Pierre n'alléguait même pas qu'il eût possédé pendant un an. Nonobstant ces raisons, il fut jugé que Pierre serait ressaisi et rétabli de *l'année pendant laquelle il avait labouré et semé paisiblement,* quoiqu'il n'eût pas été en saisine par an et jour.

» Quand Jean eut accompli le jugement, il fit à son tour ajourner Pierre devant les mêmes juges, pour cause de dessaisine et nouvelleté; disant que c'était à tort et sans cause que Pierre était entré en la saisine de son héritage, et demanda que cette saisine fût ôtée à Pierre et remise à lui Jean, qui avait été en *sa derraine saisine d'an et jour.*

» Pierre opposa le jugement qui lui avait délivré la saisine, et soutint qu'il n'était plus tenu

de répondre, *si ce n'était au plet de la propriété,* quand il serait appelé au pétitoire.

» Mais il fut jugé qu'il devait répondre *au clain de Jean,* c'est-à-dire au possessoire ; car, si Pierre avait été ressaisi de ce dont il avait été trouvé en saisine, comme il n'avait pas maintenu la saisine d'un an et un jour, il ne s'ensuivait pas que Jean, qui maintenait sa saisine d'an et jour, ne pût se plaindre de nouvelle dessaisine de Pierre, qui *derrainement* était en la saisine entré, et n'y avait pas été an et jour. »

132. Après ce que nous avons dit, il serait inutile de s'arrêter à prouver que cette jurisprudence de Beaumanoir, qui donne au voleur et à l'usurpateur la réintégrande même contre le propriétaire possesseur annal, est contraire à nos usages et à nos principes. Les auteurs qui, comme notre Duparc-Poullain (1), pensaient qu'on pouvait accorder quelque action possessoire au possesseur non annal, ne l'accordaient du moins que contre le tiers perturbateur, qui n'avait dans la chose ni droit ni possession.

133. Mais donner, comme le fait Beaumanoir, la réintégrande au spoliateur, contre celui qui réunit la double qualité de propriétaire et de possesseur annal, pour accorder ensuite à celui-ci une seconde action de réintégrande, c'est certes ce qui répugne autant aux principes reçus qu'à la saine raison. Cependant nous avons cru devoir entrer dans quelques détails sur la doctrine de cet auteur, parce que, à notre grand étonnement, il a égaré une des grandes lumières de la magistrature française, Henrion de Pansey, qui, dans son excellent *Traité de la Compétence des juges de paix,* chapitre 52, enseigne, d'après Beaumanoir, qu'il faut avoir la saisine, c'est-à-dire la possession annale, pour former l'action de complainte en cas de simple trouble ; mais que, *pour la réintégrande, il suffit de prouver que l'on possédait au moment de la spoliation.* Il ajoute que « celui qui succombe sur une demande en complainte ne peut plus agir au pétitoire ; mais que la voie possessoire, au contraire, est encore ouverte à celui qui, sur une demande en réintégrande, a été condamné à restituer l'objet dont il s'était emparé par violence. »

Voici l'exemple qu'il en donne : « A mon retour d'un voyage de quelques mois, je trouve ma maison occupée, et j'y rentre par la force. Si l'usurpateur ainsi dépouillé demande à être réintégré dans la maison, il l'obtient ; mais, comme il n'avait pas encore la possession annale, je puis, immédiatement après l'exécution du jugement, former contre lui une demande en complainte, et sur cette demande, je suis rétabli dans mon ancienne possession ; de manière, comme le dit Beaumanoir, que l'on peut intenter l'action en réintégrande pour telle chose qui emporterait *la hart.* » L'auteur renvoie au jugement rendu dans le XIIIe siècle, et rapporté par Beaumanoir.

Il nous semble que pour établir dans le XIXe siècle une doctrine si favorable à un acte qui *mérite la hart,* il faudrait d'autres autorités que celle d'un jugement du XIIIe siècle.

Cependant, ce jugement, rapporté par Beaumanoir, et surtout l'imposante autorité de Henrion de Pansey, ont récemment induit en erreur l'auteur d'un très-bon ouvrage sur le régime des eaux, Garnier, qui enseigne, pag. 73 et suiv., qu'à la différence « de la *complainte,* l'action en réintégrande n'exige, dans celui qui la forme, ni possession annale, ni même celle *animo domini.* »

Il commence par écarter le Code de procédure, comme n'ayant point, suivant lui, de disposition spéciale sur la réintégrande ; puis après avoir cité comme loi vivante l'ordonnance de 1667, et en avoir tiré la fausse conséquence dont nous avons parlé *supra,* n° 129, il finit par dire que la proposition qu'il avance comme un principe, savoir, que la réintégrande n'exige point de possession annale, a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 10 novembre 1819.

Nous ne répéterons pas ce que nous avons dit pour réfuter le système de Beaumanoir ; mais nous remarquerons qu'il n'est pas exact de dire que le Code de procédure n'a aucune disposition spéciale sur la *réintégrande,* à moins qu'on ne veuille également dire qu'il n'y en a point sur la *complainte ;* car il est certain qu'on n'y trouve nulle part, ni le mot de *complainte,* ni celui de *réintégrande ;* mais on y trouve un titre entier (le tit. 4 du liv. 1er) sur les *actions possessoires :* dénomination générale, dans laquelle il comprend tant l'action de complainte que celle de réintégrande, parce qu'en effet elles dérivent l'une et l'autre du même principe, *du droit de possession :* aussi les a-t-on toujours comprises, avant comme après le Code, sous le nom général d'*actions possessoires.* Les noms particuliers de *complainte, réintégrande, saisine, nouvelleté,* etc., appartiennent à la doctrine. Le Code de procédure n'a pas cru devoir les rappeler ; il s'est contenté de tracer les règles des actions possessoires. La première de ces règles, la plus importante, se trouve dans l'article 23, qui porte : « Les actions possessoires ne sont *recevables* qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis *une année au moins,* étaient en possession paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire. »

Donc on n'est pas *recevable* à former une action de *réintégrande,* si l'on n'a pas la possession annale.

Il est impossible de nier cette conséquence, sans nier en même temps que la réintégrande

(1) *Principes du droit,* t. 10, p. 703.

soit une action possessoire. Or, c'est certainement ce que Garnier ne niera pas. Le premier considérant de l'arrêt qu'il invoque, comme ayant consacré sa doctrine, en fait un principe de droit. Il porte : « Attendu, en droit, que » l'action de réintégrande, *appartenant à la* » *classe des actions possessoires,* est incontesta- » blement de la compétence des juges de » paix, etc. »

Ainsi donc il est certain : 1° que la réintégrande est une action possessoire; 2° qu'aucune action possessoire n'est recevable si celui qui la forme n'a pas la possession annale à titre non précaire.

Donc la réintégrande n'est pas recevable, si le demandeur n'a pas la possession annale non précaire. Je ne connais point de réponse à ce raisonnement. L'arrêt qui la déclarerait *recevable,* sans cette possession annale, serait donc infailliblement cassé pour contravention formelle à l'art. 23 du Code de procédure. Voyons si l'arrêt cité par Garnier a décidé le contraire. En voici l'espèce :

Dauphinot était fermier d'une pièce de terre appartenant à l'hôpital de Vouziers, et contiguë à la terre de la dame Déa. Des bornes en établissaient les limites; elle déplaça ces bornes, pour les replacer trois mètres plus loin sur le terrain de l'hôpital. Ce déplacement tendait à usurper sur l'hôpital la propriété de ces trois mètres de terrain; de plus, il enlevait à Dauphinot, fermier, la jouissance de ces trois mètres. Ce déplacement était donc un attentat, qualifié délit par l'art. 456 du Code pénal, qui prononce la peine d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'une année au plus, et d'une amende, contre *quiconque aura déplacé ou supprimé des bornes* placées pour limites entre différents héritages.

Ce déplacement donnait lieu, comme tout délit, à deux actions, l'action publique et l'action civile.

Le ministère public, qui seul pouvait exercer la première, garda le silence.

L'action civile pouvait, suivant l'art. 1er du Code d'instruction criminelle, être exercée par *tous ceux qui ont souffert du dommage.*

L'hôpital en souffrait, puisque le déplacement des bornes tendait à lui enlever la propriété des trois mètres de terrain. Les administrateurs gardèrent le silence.

Dauphinot, fermier, souffrait aussi du dommage par un déplacement de bornes qui lui avait enlevé la jouissance de trois mètres de terrain : il avait donc le droit de demander la réparation de ce dommage.

L'article 3 du même Code lui donnait le choix de porter son action devant les mêmes juges que l'action publique, ou de la former séparément devant les juges civils. C'est ce dernier parti qu'il choisit. Mais à quels juges devait-il s'adresser? Il avait évalué ses dommages-intérêts à une somme de 20 fr. En conséquence, il porta son action devant le juge de paix, à qui la loi attribue la connaissance des dommages causés dans les champs, et des déplacements de bornes dans l'année. Il conclut à ce que la dame Déa fût condamnée à lui payer une somme de 20 fr., à titre de dommages et intérêts. Du reste, il ne paraît pas qu'il eût demandé que les bornes fussent replacées dans leur premier lieu (1). Cependant il qualifia son action de *réintégrande;* mais la qualification qu'un plaideur donne à son action n'en peut changer la nature. C'était, dans la vérité, une action en dommages-intérêts, que toute personne, même un possesseur précaire, a toujours le droit de former. Dauphinot demanda la somme de 20 fr. *à titre de dommages et intérêts.*

A cette demande, la dame Déa n'opposa que deux fins de non-recevoir : 1° défaut de qualité dans un fermier, possesseur à titre précaire, pour intenter une action possessoire; 2° défaut de possession annale sans laquelle aucune action possessoire n'est recevable.

Cette défense eût été sans réplique contre une action en réintégrande proprement dite. Par exemple, si la dame Déa avait usurpé la pièce entière de l'Hôpital, et en avait dépossédé le fermier Dauphinot, celui-ci n'aurait pu, avec succès, en formant l'action de réintégrande, demander qu'elle fût condamnée de le réintégrer dans la possession de cette pièce de terre : car n'étant pas possesseur à titre non précaire, il eût été repoussé par l'article 23 du Code de procédure.

Mais que demandait Dauphinot? Uniquement 20 fr. de dommages et intérêts. Sur quoi fondait-il son action? Sur une voie de fait, qualifiée *délit* par le Code pénal, qui exposait la délinquante à un emprisonnement d'un mois ou d'une année, et à une amende. Ce délit était-il réel? Quel dommage avait-il causé à Dauphinot? Telles étaient les deux véritables questions de la cause. Qu'importait que Dauphinot ne fût pas possesseur *animo domini?* La dame Déa en avait-elle moins commis un délit, qui causait à Dauphinot un dommage dont lui seul pouvait demander l'indemnité, et non le propriétaire, qui avait continué de recevoir sans diminution le prix entier des fermages convenus?

(1) Voici comme l'arrêtiste rend compte des conclusions de Dauphinot :

« Il conclut à ce que la dame Déa, pour s'être emparée, par un déplacement de bornes ou de clôtures, » d'environ trois mètres de terrain sur la pièce de terre » dite *de l'Hôpital,* fût condamnée *à lui payer une somme* » *de 20 fr., à titre de dommages-intérêts.* » (*Voy.* Sirey, t. 20, p. 209.)

Le juge de paix rejeta donc les fins de non-recevoir, et avec raison, quoique par des motifs contraires à la loi, comme nous le verrons bientôt. Il ordonna, avant faire droit, une descente sur les lieux, et une expertise, pour constater la réalité du délit, et pour évaluer le dommage; puis, par son jugement définitif, il condamna la dame Déa à réintégrer Dauphinot dans la possession du terrain usurpé, au moyen du déplacement illégal des bornes, et n'adjugea, pour tous dépens, dommages et intérêts, que le remboursement des dépens du procès, liquidés à 26 francs.

Au lieu d'attaquer par la voie de la cassation le jugement manifestement rendu en dernier ressort, puisqu'il ne s'agissait que de la demande d'un capital de 20 fr., la dame Déa s'en rendit appelante au tribunal civil de Vouziers, qui déclara l'appel *non recevable*, « attendu » que le sieur Dauphinot n'avait conclu qu'à » 20 fr. de dommages et intérêts, et qu'ainsi » le juge de paix avait été *compétent* pour statuer en dernier ressort. »

Ainsi, le tribunal de Vouziers ne s'occupa point de la question de savoir si le juge de paix avait bien ou mal jugé; il se borna à déclarer qu'il avait été compétent pour statuer en dernier ressort.

La dame Déa se pourvut en cassation contre ce jugement, et fonda son pourvoi sur le seul moyen d'incompétence du juge de paix. Elle convenait, cependant, que s'il n'avait fallu considérer que la valeur de l'objet du procès, les juges de Vouziers auraient eu raison de décider que la sentence du juge de paix était en dernier ressort, et que l'appel n'était pas recevable.

Mais elle prétendait que le juge de paix n'avait pu connaître de l'action intentée par Dauphinot; qu'à raison de son incompétence, les juges d'appel devaient annuler son jugement, et qu'en ne l'annulant pas ils avaient commis un excès de pouvoir.

Elle convenait encore que le juge de paix peut connaître des déplacements de bornes, usurpations de terres, et que, *dans l'espèce, il s'agissait d'une usurpation de terrain et d'un déplacement de bornes*.

La conséquence naturelle de ces concessions forcées était évidemment que le juge de paix avait été compétent pour connaître de l'action de Dauphinot. Cependant, la dame Déa prétendait fonder son incompétence sur l'article 23 du Code de procédure, qui exige une possession annale fondée sur un titre non précaire. Sans ces deux conditions, *les actions possessoires ne sont pas recevables*, dit cet article:

Or, disait-elle, la possession de Dauphinot n'était pas annale; il ne l'avait pas alléguée du moins; elle était précaire, puisqu'il était fermier; donc, le juge de paix n'était pas compétent pour en connaître.

Cette conséquence était d'une fausseté palpable. Si celui qui forme une action possessoire quelconque n'a pas une possession annale non précaire, il résulte bien de l'art. 23 qu'elle n'est pas *recevable*, que le juge doit la rejeter par fin de non-recevoir, mais nullement qu'il soit incompétent pour en connaître; au contraire, lui seul est compétent pour juger si l'action est recevable ou non recevable. S'il reçoit une action possessoire fondée sur une possession non annale ou précaire, il y a *mal jugé* au fond, mais non pas incompétence. Or la cour de cassation n'était pas saisie de la question de savoir si le jugement de la justice de paix était bien ou mal rendu, mais seulement s'il l'était incompétemment. Elle décida la négative, et avec raison, par son arrêt du 10 novembre 1819 (1):

« Attendu, en droit: 1° que l'action en réintégrande, à la suite d'une entreprise ou voie » de fait appartenant à la classe des actions » possessoires, est incontestablement de la » compétence des juges de paix;

» Attendu: 2° que cette action, comme toutes celles qui ont pour objet la répression » d'un délit ou d'un quasi-délit, est particulièrement introduite en faveur de l'ordre et » de la tranquillité publique; et que, sans influence sur les droits respectifs, les parties » demeurent libres de les exercer comme auparavant, soit au *possessoire*, soit au pétitoire: » d'où il résulte que, pour décider si le jugement qui a statué sur une action de cette » espèce est sujet ou non à l'appel, il faut uniquement considérer la somme demandée pour » les dommages et intérêts;

» Et attendu en fait qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une action en réintégrande, intentée » à la suite d'une entreprise ou voie de fait; » que Dauphinot a demandé pour dommages » et intérêts la somme de 20 francs, et que le » jugement ne lui accorde, pour tous dommages et intérêts, que le remboursement des » dépens liquidés à 26 francs; que dans ces » circonstances, en décidant que l'appel interjeté du jugement du juge de paix n'était » point recevable, le jugement attaqué a fait » une juste application des lois de la matière; » rejette, etc. »

Il est évident, par le détail dans lequel nous sommes entré, que la question de savoir si l'action en réintégrande n'exige, dans celui qui la forme, ni possession annale, ni possession *animo domini*, comme le prétend Garnier, ne fut point agitée devant la cour de cassation, qui ne put par conséquent la décider. Le dispositif de son arrêt ne décide pas autre chose, si ce n'est que l'action en dommages et intérêts, qualifiée de réintégrande par Dauphinot, appartenait à la classe des actions possessoires; qu'elle était par

(1) *Voy.* Sirey, t. 20, p. 209 et 210.

conséquent de la compétence du juge de paix ; et que la demande ne s'élevant qu'à 20 francs, la condamnation à 26 francs, le jugement était en dernier ressort et non sujet à l'appel.

Du reste, la cour n'examina ni ne devait examiner s'il était bien ou mal rendu, ni si la possession annale, *pro suo*, est nécessaire ou non pour former l'action de réintégrande. Il est vrai que le juge de paix, dont le jugement fut déclaré en dernier ressort, avait hardiment tranché cette question dans ses considérants. Après avoir dit que l'action de Dauphinot était *une véritable réintégrande*, et non *une complainte possessoire*, il ajoutait : « Considérant » qu'il n'est pas nécessaire, comme dans l'ac- » tion possessoire, d'avoir la possession annale; » qu'il suffit de prouver que l'on possédait au » moment de la spoliation ; que ces principes » ont toujours, et de temps immémorial, été » reconnus dans l'ordre judiciaire, et qu'ils » sont adoptés par des auteurs célèbres, etc. »

Mais cette doctrine, contraire à l'art. 23 du Code de procédure, ne se retrouve point dans les considérants ci-dessus copiés de l'arrêt de la cour de cassation, qui n'eut à décider que la question de compétence et celle de savoir si le jugement était en dernier ressort.

Cependant, une phrase du second considérant paraît avoir trait à cette doctrine, non pas dans la thèse générale, mais dans les cas où l'action dérive d'un délit ou d'un quasi-délit. Il porte que l'action en réintégrande, à la suite d'une entreprise ou voie de fait, étant « sans » influence sur les droits respectifs, les parties » demeurent libres de les exercer comme aupa- » ravant, soit *au possessoire*, soit au pétitoire : » d'où il résulte que, pour décider si le juge- » ment qui a statué sur une action de cette » espèce est sujet ou non à l'appel, il faut uni- » quement considérer la somme demandée pour » dommages et intérêts. »

En partant de ces mots, *au possessoire*, on pourrait dire : Si le défendeur en réintégrande, après avoir succombé, peut encore former l'action *possessoire* contre le demandeur réintégré, il s'ensuit que, pour former avec succès l'action en réintégrande, il n'est pas nécessaire d'avoir la possession annale ; et c'est en effet la doctrine de Beaumanoir, adoptée par Henrion de Pansey, président de la section où fut rendu l'arrêt que nous examinons.

Mais de l'induction entortillée qu'on peut tirer laborieusement d'un mot, d'un seul mot inséré dans les considérants d'un arrêt, par un rédacteur préoccupé de sa doctrine, peut-on conclure que la cour de cassation ait adopté cette doctrine, et qu'elle ait décidé, en point de droit, qu'à la différence de la complainte, l'action possessoire en réintégrande peut toujours être formée par celui qui n'a ni possession annale, ni possession *pro suo* ?

Non certes ; et cela quand même, au lieu de l'induction entortillée qu'on peut tirer d'un seul mot inséré dans les considérants, on y trouverait cette doctrine clairement énoncée comme motif de l'arrêt rendu. C'est une vérité depuis longtemps reconnue et passée en maxime, que le dispositif des arrêts est la seule partie qu'on puisse qualifier de *jugement*, la seule qui ait l'autorité de la chose jugée ; et que le dispositif d'un jugement bien rendu, quoique sur des motifs faux ou contraires à la loi, n'en est pas moins à l'abri de toute attaque.

Cette vérité a toujours été professée hautement devant la cour de cassation, par un savant magistrat qui a longtemps guidé ses décisions. « Les motifs de vos arrêts, disait Merlin, en » parlant à cette cour, le 8 août 1808 (1), les » motifs de vos arrêts sont, sans contredit, des » autorités très-graves pour les cours ; mais » ils ne leur font pas la loi, même dans les af- » faires sur lesquelles les arrêts ont été rendus. » Dans vos arrêts, comme dans les jugements » des tribunaux ordinaires, il n'y a que le dis- » positif qui ait force de chose jugée. *La cour* » *elle-même l'a ainsi décidé, sections réunies,* » *le* 16 *pluviôse an* II, *au rapport de Liborel, et* » *sur nos conclusions* (2). »

Tenons donc pour maxime que les motifs énoncés dans les considérants d'un arrêt n'ont point la force d'une décision, et ne prouvent point que la cour ait admis ces motifs, même lorsqu'ils sont énoncés. A plus forte raison, ne peut-on argumenter d'une induction tirée d'un seul mot inséré dans l'un des considérants d'un arrêt.

134. Nous croyons avoir prouvé que l'arrêt sur lequel s'appuie Garnier n'a point, comme il le pense, consacré la doctrine dont nous avons démontré la fausseté. Tenons donc pour maxime certaine aujourd'hui que celui qui, depuis moins d'une année, s'est, de quelque manière que ce soit, emparé de la possession d'une chose, n'a point d'action en justice pour s'y faire maintenir, ou même réintégrer, s'il vient à être dépossédé avant l'année révolue ; et s'il n'a point d'action contre celui qui l'a dépossédé, il s'ensuit naturellement que le propriétaire ou le précédent possesseur annal de la chose, toujours réputé tel, peut, dans le cours de l'année, s'en

---

(1) *Voy.* le *Répert.*, vº *Récolement de bois.*

(2) Il faut absolument voir cet arrêt, rapporté dans les *Questions de droit,* vº *Biens nationaux,* § I. La cour suprême cassa un arrêt de la cour de Poitiers, sur un moyen d'incompétence qu'elle avait si clairement improuvé dans les considérants d'un premier arrêt, qu'on n'osa plus reproduire ce moyen devant la cour de Poitiers, à laquelle l'affaire était renvoyée. L'arrêt de Poitiers n'en fut pas moins cassé, pour n'avoir pas suppléé ce moyen d'incompétence.

ressaisir de son autorité privée, sans recourir à la justice ; car il ne fait en cela qu'user de son droit de propriété ou de possession, sans blesser le droit de personne, puisque celui qui l'avait dépossédé n'a pu en acquérir par une détention qui a duré moins d'une année.

135. Cependant on en avait douté autrefois, sous le prétexte que toutes les voies de fait sont défendues ; la nouvelle législation a même varié sur ce point.

On entend par *voie de fait,* dans le sens le plus général de ce mot, tout acte fait de son autorité privée, pour l'exercice d'un droit ou d'une prétention, sans recourir à la justice pour s'y faire autoriser. *La voie de fait* est opposée à *la voie de droit* qui est le recours aux tribunaux pour les faire prononcer sur une prétention contestée.

136. La voie de fait prend le nom d'*attentat,* lorsque le fait est accompagné de violences, ou lorsqu'il entreprend sur les droits d'autrui.

137. Tous les attentats sont défendus et punis ; ils devaient l'être : la justice et la paix publique l'exigent. Mais la raison dit qu'il en doit être autrement des simples voies de fait, c'est-à-dire des actes que je fais en exerçant paisiblement mes droits, car il est toujours permis d'user de ses droits. Par exemple : je cultive paisiblement mon champ ; un tiers s'en empare et m'en ferme l'accès par des clôtures et autres ouvrages ; il y pratique des passages pour sa commodité : c'est une voie de fait très-répréhensible. Quelques mois après, sans prévenir ni appeler le malfaiteur, hors sa présence et sans recourir à la justice, je détruis les clôtures qui s'opposaient à mon entrée ; je détruis tous les ouvrages qu'il a faits ; je ferme les passages qu'il a pratiqués : c'est encore une voie de fait. Mais en quoi est-elle blâmable ? J'use de mon droit, je n'attente en rien aux droits du malfaiteur, qui n'en a aucun.

Pendant mon absence (c'est un exemple donné par Henrion de Pansey), ma maison est envahie par un malfaiteur, qui s'y établit, use de mes meubles, sans contradicteur. Voilà certainement une voie de fait très-condamnable, si ce n'est pas même un délit caractérisé. De retour après quinze jours, un mois, ou même plusieurs, je rentre dans ma maison, de mon autorité privée, mais sans aucune violence, le spoliateur se trouvant absent. C'est encore une voie de fait, dans le sens étendu de ce mot, puisque je n'ai pas eu recours à la justice ; mais cette voie de fait est légitime, puisque je ne fais qu'user de mon droit, puisque je n'attente aux droits de personne ; et si l'envahisseur osait s'en plaindre à la justice, je saisirais cette occasion pour le faire condamner en tous mes dommages et intérêts. Il serait même exposé à être poursuivi d'office par le ministère public, suivant les circonstances.

Supposons maintenant, avec Henrion de Pansey, qu'au lieu de me laisser rentrer dans ma maison, l'envahisseur s'y oppose. Il s'engage une rixe, un combat, je l'excède de coups, je le blesse même ; enfin, je suis le plus fort, je l'expulse et je reste maître du champ de bataille, c'est-à-dire de ma maison.

Si l'envahisseur m'avait le premier *provoqué par des coups ou violences graves*, au moment où je rentrais dans ma maison, les coups que je lui ai donnés, les blessures que je lui ai faites en repoussant ses violences, sont déclarés excusables par l'art. 321 du Code pénal.

Si j'ai frappé le premier, je ne suis pas excusable ; car l'art. 328 n'admet d'excuse que dans le cas de *nécessité actuelle* de la légitime défense *de soi-même ou d'autrui*. L'envahisseur battu et blessé pourra donc me poursuivre criminellement, et le ministère public requerra contre moi l'application de la peine prononcée par l'art. 309 contre tout individu qui *aura fait des blessures ou porté des coups*.

L'envahisseur, partie civile, pourra me demander des dommages et intérêts, à raison des frais de maladie, de la cessation de travail, causés par les blessures, etc. Mais pourra-t-il demander à être réintégré dans ma maison ? Non, certes ; car : 1° il n'a aucun droit d'y rentrer, même provisoirement, puisque *le droit de possession,* qui seul pouvait le lui donner, ne pouvait lui être acquis que par le laps d'une année de possession paisible, et non par un séjour ou une possession de quelques jours ou de quelques mois ; et que, d'un autre côté, l'attentat que j'ai commis sur sa personne n'a pu lui conférer le droit de possession ; 2° les juges criminels, qui m'ont appliqué la peine prononcée contre cet attentat, sont bien autorisés par l'article 3 du Code d'instruction criminelle à prononcer sur l'action civile pour la réparation des dommages causés par le délit ; mais ils sont radicalement incompétents pour prononcer sur une question de possession, comme la cour de cassation l'a fort bien décidé, ainsi que nous le verrons bientôt.

Vainement objecterait-on que tout attentat est défendu et doit être puni. Oui, sans doute, l'ordre public l'exige. Mais « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être » punis de peines qui n'étaient pas prononcées » par la loi, avant qu'ils fussent commis. » (Code pénal, art. 4.)

Or, où est la loi qui dit que pour avoir battu l'usurpateur de ma maison ou de mon champ, celui, en un mot, qui m'avait enlevé mon bien par une action qui *mérite la hart,* et pour m'en être ressaisi, sans autorité de justice, je doive être condamné de lui en remettre la possession, dont il est vraisemblable qu'il abusera, jusqu'à ce que la justice m'y ait réintégré ?

Il ne faut pas confondre le délit ou l'attentat avec la chose à l'occasion de laquelle il a été commis. Le délit ou l'attentat doit toujours

être puni, et le dommage qu'il a causé réparé. Mais la chose à l'occasion de laquelle le délit a été commis n'en doit pas moins rester à celui à qui elle appartient, et non pas à celui à qui la loi n'y donne aucun droit, comme au larron, à l'usurpateur dont la possession n'a pas duré un an.

Il paraît que c'est par une semblable confusion d'idées que des auteurs, d'ailleurs très-recommandables, avaient sous l'ancienne législation obscurci des vérités aussi claires.

Ils posaient en principe que toute voie de fait sans distinction, c'est-à-dire tout acte par lequel, sans autorité de justice, l'on se ressaisit même sans violence, ou l'on se remet en possession de ce qui nous appartient, est contraire à l'ordre public, et doit être réprimé, parce que, s'il était permis, sous prétexte qu'on a droit à une chose, de s'en ressaisir par voie de fait, chacun se rendant juge dans sa propre cause se croirait autorisé à agir avec violence; ils ajoutaient que les tribunaux ne manquaient jamais de condamner ces sortes de voies de fait quand on aurait le meilleur droit au fond. Et comme, dans une législation où les peines étaient arbitraires, aucune loi n'en prononçait contre les simples voies de fait exercées sans violence, il en était arrivé quelquefois que des tribunaux avaient ordonné à celui qui s'était, sans autorité de justice, ressaisi de son bien, d'en remettre la possession à son adversaire, et l'avaient condamné aux dépens.

Le principe d'où l'on partait pour soutenir cette opinion était évidemment faux. En quoi l'ordre public est-il troublé, quand un propriétaire se remet paisiblement en possession d'un bien dont l'avait injustement dépouillé un usurpateur? L'ordre de la justice est au contraire rétabli par la rentrée en possession du propriétaire.

Mais, dit-on, si le propriétaire qui s'est remis en possession de ses biens sans autorité de justice n'est pas puni, il est à craindre qu'il ne se croie autorisé à agir avec violence. Eh bien! punissez tous les actes de violence, tous les excès, et cette crainte s'évanouira; mais ne donnez pas à la société le scandale de voir la justice remettre provisoirement l'usurpateur en possession d'un bien dont il ne s'était emparé que par une voie de fait punissable, tandis que le propriétaire n'en a commis qu'une très-innocente, en rentrant paisiblement dans la possession de son bien.

Notre illustre compatriote et ancien collègue et ami, le comte Lanjuinais, que son mérite et ses services ont fait élever à la pairie, a victorieusement réfuté les auteurs que nous combattons, dans une savante dissertation (1), où il range les voies de fait en deux classes: celles qui sont illicites et celles qui ne le sont pas.

158. Mais le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV, sembla rejeter cette doctrine des voies de fait licites, et parut défendre toutes les voies de fait sans distinction, et punir celles mêmes qui sont commises sans violence. L'article 605, nº 8, punit des peines de simple police, c'est-à-dire de l'amende et de la prison, les auteurs... *de voies de fait et violences légères.*

Cette disposition était bien vague; mais la cour de cassation, sur les conclusions de Merlin, qui connaissait parfaitement l'esprit de cette loi, comme ayant présidé à sa rédaction, décida qu'elle *ne s'appliquait pas seulement aux voies de fait* qui ont lieu dans des rixes, et qui s'exercent sur les personnes, mais encore à tout acte par lequel on exerce de son autorité privée, même sans violence, des droits ou des prétentions contraires aux droits ou aux prétentions d'autrui. En conséquence, cette cour confirma, le 18 messidor an VIII (2), un jugement du tribunal de Pontraye, qui avait condamné Jean Gaudner à trois jours d'emprisonnement, pour avoir, de son autorité privée, sans aucune violence, détourné un ruisseau qui coulait sur son terrain, et dont une partie des eaux devait se rendre dans un enclos de Muller, pour servir aux besoins de sa maison.

On doit remarquer qu'il ne s'agissait point, en cette affaire, du droit de possession; car, dans ce cas, l'affaire aurait dû être renvoyée devant les juges civils. « Il est universellement » reconnu, disait Merlin, que toutes les fois que, » dans les causes portées aux tribunaux de police, il s'élève quelque question incidente de » propriété ou de possession, ils doivent s'abstenir d'en connaître, et renvoyer devant les » juges ordinaires. » Mais la possession de Muller était reconnue et non contestée. Ainsi, les juges de police n'avaient à juger qu'une simple *voie de fait,* à laquelle, appliquant la peine prononcée par l'art. 605, nº 8, de la loi du 3 brumaire an IV, ils condamnèrent Gaudner à la prison et à 25 fr. de dommages et intérêts. Ce fut par ce motif que la cour de cassation confirma le jugement: « Considérant que la possession des eaux du ruisseau avait été jugée entre les parties, et qu'il ne pouvait être question » que du fait par lequel Muller se plaignait d'avoir été privé de l'eau dont il devait jouir;

» Et que le tribunal de police n'ayant à juger » qu'*une voie de fait,* il a fait une juste application de la loi. »

159. Mais la législation ne tarda pas à changer; et plus tard, la voie de fait de Gaudner n'eût pas été punie. Le nº 8 de l'article 605 du Code du 3 brumaire an IV, qui rangeait au nom-

(1) Imprimée dans le *Répert. de jurisprudence,* vº *Voies de fait.*

(2) L'arrêt est rapporté dans les *Quest. de droit* de Merlin, vº *Voies de fait.*

bre des contraventions de police les voies de fait et violences légères, se trouva abrogé par le silence du Code pénal de 1810, qui ne l'a point répété. Ce Code, dit Merlin (1), qui remarque ce changement dans la législation, « ce Code pré- » voit bien différentes voies de fait et violences » légères, qu'il caractérise et spécifie; mais il » ne punit plus *les voies de fait et violences lé-* » *gères en général*, et c'est ce qui résulte bien » clairement de l'avis du conseil d'État, du 4 fé- » vrier 1812, approuvé le 8 du même mois (2) : » il n'existe donc plus aucune loi pénale que l'on » puisse appliquer à celui qui, par une voie de » fait, détruit l'innovation qu'une voie de fait » antérieure avait fait pratiquer sur son terrain, » ou, ce qui revient au même, sur un terrain » dont il a la possession annale.

» Une comparaison, continue l'auteur, achè- » vera de mettre cette vérité dans tout son jour. » Un particulier enlève de ma maison un meu- » ble, un effet, une somme d'argent; aussitôt » je cours sur lui, je l'atteins, et je lui arrache, » par voie de fait, par violence, l'effet qu'il m'a » volé. Sans contredit, si, par la voie de fait, » par la violence que j'ai exercée sur sa per- » sonne, je l'ai blessé ou frappé, je serai passi- » ble des peines portées par les art. 308 et 309 » du Code pénal. Mais pourrai-je, en ce cas, être » poursuivi comme voleur? Un arrêt de la cour » de justice criminelle de Turin, du 30 floréal » an XII, avait jugé pour l'affirmative; mais cet » arrêt a été cassé le 1er thermidor de la même » année, attendu que, dans le fait dont l'accusé » était déclaré coupable, il n'y avait pas le ca- » ractère du vol (3), qui consiste à vouloir dé- » pouiller quelqu'un dans le dessein de nuire,... » et que le fait qui avait servi de base à la con- » damnation se réduisait à des violences.

» Donc, par la même raison, si, opposant voie » de fait à voie de fait, je détruis sur mon ter- » rain une clôture qu'un particulier, non posses- » seur annal de mon terrain, y a pratiquée, je » serai bien *passible* des peines portées contre » la violence que j'ai commise, et qui a été jus- » qu'à frapper ou blesser quelqu'un; mais je ne » le serai nullement de la peine que l'art. 456 » du Code pénal ne prononce que contre ceux » qui détruisent les clôtures pratiquées sur le » terrain d'autrui. »

Nous trouvons également, dans ce passage, l'exemple des voies de fait défendues et punissables, et des voies de fait permises, parce qu'elles ne sont que l'exercice d'un droit.

140. Les voies de fait défendues sont toutes celles qui s'exercent contre les personnes, ou qui portent atteinte aux droits du propriétaire ou du possesseur annal de la chose sur laquelle elles sont exercées.

Les voies de fait permises sont celles que commet le propriétaire ou le possesseur annal, en exerçant, de son autorité privée, sans recourir à la justice, son droit de propriété ou de possession.

Tels sont les vrais principes de la matière. Ils ne sont, comme nous l'avons déjà remarqué, que des conséquences nécessaires de la loi de la propriété; et de celle qui ne confère le droit de possession qu'à celui qui a possédé paisiblement pendant une année au moins.

Ces principes sont désormais consacrés par la loi et par la jurisprudence; ils détruisent, sans retour, le prétexte sur lequel on prétendait que la réintégrande, à la différence de la complainte, peut être formée par le possesseur non annal, même à titre précaire, parce qu'il a été dépouillé par une voie de fait; car, s'il l'a été par une voie de fait licite, il n'a pas d'action.

141. Mais remarquez bien qu'il faut distinguer les voies de fait des violences qui peuvent les accompagner. Si les premières ne sont pas défendues, lorsqu'elles ne consistent que dans l'exercice d'un droit, les violences, les faits et les circonstances qui les accompagnent, peuvent être de nature à caractériser un crime, un délit ou une contravention, et sont alors punissables (4) par les tribunaux criminels, correctionnels ou de simple police.

142. Mais ces tribunaux ne pouvant jamais connaître de la voie de fait commise sans violence par le propriétaire ou par le possesseur annal, il en résulte que toutes les fois que, dans les causes de cette espèce portées devant

---

(1) Dans le *Répertoire*, v° *Question préjudicielle*, 5e édit.

(2) Cet avis est rapporté dans le *Répert.*, v° *Offense à la loi*.

(3) L'espèce de cet arrêt est remarquable :

Burlando, créancier de Bozonetto, n'ayant pu obtenir d'être payé, se munit d'armes à feu, attendit son débiteur sur une grande route, et se fit rendre la somme prétendue. Il fut condamné à mort comme voleur de grand chemin. Sur son pourvoi, Jourde, avocat général, pensa que l'action de Burlando était une voie de fait criminelle, mais qu'il n'y avait pas de vol, puisqu'il n'était pas constaté que l'accusé fût sans droit à la restitution arrachée à Bozonetto.

La cour de cassation annula l'arrêt le 1er thermidor an XII, « attendu que de l'acte d'accusation... il ré- » sulte que les violences exercées avec port d'armes, » par Burlando, avaient pour objet la restitution d'une » somme qu'il croyait lui être due; que dans le fait » dont Burlando est déclaré coupable, et sur lequel a » été fondée la condamnation prononcée contre lui, il » n'y avait donc pas les caractères du vol, qui consistent » à dépouiller quelqu'un dans le dessein du crime, etc. » (Sirey, t. 5, p. 102, 103.)

« Nihil dolo creditor facit, qui suum recepit. » (L. 129, ff. *de reg. jur.*)

(4) *Voy.* les jugements et arrêts rendus dans l'affaire de Denis Valigny, et les conclusions données dans cette affaire par Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Vol*, p. 708, 4e édit.

eux, il s'élève quelque question incidente de propriété ou de possession, ils doivent s'abstenir d'en connaître, et renvoyer les parties devant les juges ordinaires. La raison en est que ces tribunaux ne peuvent prendre connaissance que des délits classés dans le cercle de leurs attributions, et qu'ils ne peuvent pas juger qu'il y ait délit de la part d'une partie assignée, qui prétend n'avoir fait qu'user de son droit de propriété ou de possession (1).

143. D'où il suit que, lorsque la question préjudicielle de possession ou de propriété, élevée devant un tribunal de police, est de la compétence du juge de paix, le juge qui forme l'un et l'autre tribunal ne peut statuer par un seul jugement sur cette question, et sur le délit qu'elle tend à détruire.

C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans l'espèce suivante :

Bernardet, cité par le maire de la commune de Chaussion, pour avoir barré un sentier que les habitants de cette commune avaient pratiqué sur son terrain, soutient que son terrain n'est assujetti envers la commune à aucun droit de passage. Le maire allègue la possession annale de la commune. Le juge de paix, statuant *comme tel*, maintient la commune dans cette possession, et prononçant ensuite comme tribunal de police, condamne Bernardet, en vertu de l'art. 605 du Code des délits et des peines, de l'an IV, à une amende de trois journées de travail.

Le 2 thermidor an XI, arrêt qui casse ce jugement :

« Considérant : 1° qu'il résulte du jugement
» et des pièces de la procédure, que le droit de
» passage sur le terrain du demandeur est *par*
» *lui contesté;* que, dès lors, la poursuite du
» délit qui lui est imputé devait rester *suspendue*
» jusqu'à la décision de cette contestation par
» les juges civils à qui elle devait être renvoyée;
» 2° que le tribunal de police a confondu et cu-
» mulé des pouvoirs distincts, en prononçant
» par un seul et même jugement sur une action
» possessoire, comme justice civile, et sur la
» poursuite du délit, comme justice de police...;
» casse, etc. (2). »

144. Des principes que nous avons posés et de la jurisprudence qui les consacre, il résulte clairement que nous pouvons, de notre autorité privée, exercer tous les droits de propriété que comportent les choses qui nous appartiennent, nous en ressaisir même si nous en avons été dépouillés depuis moins d'une année, et détruire tous les obstacles mis à notre droit de jouissance, sans que personne puisse se plaindre du dommage éventuel que pourrait lui causer l'exercice légitime de nos droits.

145. Mais cette liberté illimitée d'exercer tous les actes de propriété qu'il me plaît sur mon propre fonds ne va pas jusqu'à ce qui pourrait faire parvenir sur l'héritage voisin quelque chose de nuisible ou d'incommode; par exemple, une fumée épaisse, telle que celle d'un four, d'un fourneau, d'une forge, d'un tuyau de poêle dirigé vers les fenêtres du voisin (3). On en doit dire autant des odeurs infectes ou méphitiques que certaines préparations ou des latrines construites sans les précautions nécessaires pourraient introduire dans les maisons voisines (4). En un mot, c'est une règle générale, qu'il n'est permis de rien faire dans son fonds qui puisse introduire ou faire passer quelque chose de nuisible chez son voisin : *In suo... hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* (5). (L. 8, § 5, ff. *si servitus vind.*, 8, 5.) Ce ne serait plus alors user de son droit, ce serait attenter au droit d'autrui (6).

146. C'est en conséquence de ces principes qu'il est défendu de rien jeter de nuisible sur l'héritage voisin, et sur un lieu où le public est dans l'usage de passer ou de s'arrêter. Le droit romain s'est occupé de cette espèce de quasi-délit dans le titre du Digeste : *De his qui effuderint vel dejecerint*, 9, 3.

147. Nos législateurs ont pensé que des dispositions particulières sur ce point étaient inutiles, et qu'il suffisait d'avoir énoncé le principe consacré par les articles 1382 et 1383, qui obligent à réparer le dommage tous ceux par la faute, par la négligence, ou par l'imprudence desquels il est arrivé; parce qu'en effet les conséquences qu'on peut tirer de ce principe peuvent servir à décider les différents cas qui se présentent.

148. On ne peut cependant se dissimuler qu'il peut se présenter des questions qu'il eût été bon de prévoir et de décider. Les rédacteurs du projet de Code l'avaient aussi pensé : ils présentèrent, en conséquence, à la discussion du conseil d'État deux articles ainsi conçus :

« Art. 16. Si, d'une maison habitée par plu-
» sieurs personnes, il est jeté sur un passant de
» l'eau, ou quelque chose qui cause un dom-
» mage, ceux qui habitent l'appartement d'où

---

(1) *Voy.* Merlin, *Questions de droit*, v° *Voies de fait;* Carré, *Analyse et conférence sur le Code de procédure*, question 71.

(2) L'arrêt est rapporté dans le *Répert. de jurisprudence*, v° *Question préjudicielle*, n° 9.

(3) *Voy.* t. 2, III, éd. fr.), n° 334, et la loi 8, § 5, ff. *si serv. vind.*, 8, 5 (c'est le siége de la matière); l'art. 173 de la nouvelle coutume de Bretagne, 186 de l'ancienne, et *ibi* d'Argentré; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 2, n°s 8 et suiv.

(4) Brux., 20 juin 1831 (Dalloz, t. 22, p. 174).

(5) On ne peut creuser un étang dont les eaux nuiraient aux voisins. (Liége, 3 avril 1827.)

(6) *Voy.* Rolland, v° *Responsabilité*, n° 27; Dalloz, n° 50.

» on l'a jeté sont tous *solidairement* responsa-» bles, à moins que celui qui a jeté ne soit » connu, auquel cas il doit seul la réparation » du dommage. »

« Art. 17. Les hôtes qui n'habitent qu'en » passant la maison d'où la chose a été jetée ne » sont point tenus de la réparation du dom-» mage, à moins qu'il ne soit prouvé que ce » sont eux qui ont jeté; mais celui qui les loge » en est tenu (1). »

149. L'art. 16 fut d'abord adopté sans discussion; mais en discutant l'art. 17, le citoyen Miot dit « que l'énonciation du principe suffit; » les exemples doivent être retranchés. »

Cette observation fut adoptée. On ne laissa subsister que le principe consacré par les articles 1382 et 1383. Les articles 16 et 17 proposés furent retranchés. Ils ne peuvent donc être une règle obligatoire qu'en ce qui, dans leurs dispositions, se trouve n'être qu'une conséquence du principe consacré par les articles 1382 et 1383. Or ces articles ne parlent point de la solidarité, et certes, cette solidarité n'est point une conséquence du principe que chacun est responsable du dommage qu'il a causé par sa faute. Ces articles ne parlent que du cas où le dommage a été causé par une seule personne, et gardent le silence sur le cas où il a été causé par plusieurs.

150. Cependant Delvincourt (2) pense que les articles retranchés doivent être suivis en ce qui concerne la solidarité, et cela, dit-il, par argument de l'article 1734 du Code civil, et de la loi 1, §§ 9 et 10, et des lois 2 et 3, ff. *de his qui effuderint*, 9. 3.

Il est certain que le droit romain prononce la solidarité contre tous ceux qui ont jeté quelque chose de nuisible d'une maison. La loi 1, § ult., les lois 2 et 3 portent : *Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hœc actio dabitur. Cum sane impossibile est scire quis dejecisset, vel effudisset. Et quidem in solidum; sed, si cum uno fuerit actum, cœteri liberabuntur.*

Ce n'est que dans le cas où plusieurs ont une habitation séparée dans la même maison, que la solidarité cesse, suivant le droit romain (3).

Mais, à compter du jour où le Code civil a été promulgué, les lois romaines cessent d'avoir force de loi suivant l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII : on ne peut donc plus invoquer les lois citées pour règle de décision.

Delvincourt invoque encore à l'appui de son opinion l'art. 1734 du Code civil, qui prononce la responsabilité solidaire contre tous les locataires d'une maison incendiée.

Mais en fait de solidarité, on ne doit jamais raisonner par induction ou par argument d'un cas à un autre; l'article 1202 s'y oppose. Il établit, en règle générale, que la solidarité ne se présume point. « Cette règle, ajoute l'article, » ne cesse que dans les cas où elle a lieu de plein » droit, *en vertu d'une disposition de la loi.* »

L'art. 1734 contient une disposition formelle qui prononce la responsabilité solidaire entre tous les locataires d'une maison incendiée. Cette disposition spéciale était nécessaire pour écarter l'application de la règle établie par l'art. 1202. On ne trouve point de disposition pareille contre ceux qui habitent en commun une maison d'où il a été jeté quelque chose de nuisible. L'article proposé pour établir la solidarité entre eux a même été retranché. Ce cas reste donc sous la règle générale (4).

151. Car il n'existe aucune loi qui soumette à la solidarité les auteurs d'un *quasi-délit.*

L'art. 55 du Code pénal y soumet les auteurs du même crime ou du même délit. « Tous les » individus condamnés pour un même *crime* ou » pour un même *délit* sont tenus solidairement » des amendes, des restitutions, des dommages » et intérêts, et des frais. »

Remarquez bien que cet article ne parle que des condamnés pour *crimes* ou *délits*; et, sous cette dénomination, ne sont point compris les quasi-délits ni les contraventions, que les lois ne punissent que de *peines de police*. Point de doute sur cela : le législateur a pris soin d'en avertir dans l'article 1er du même Code, où il commence par donner la signification précise des mots dont il va se servir (5). Or il a placé l'art. 55 dans le chap. 3 du livre 1er, qui a pour titre : « *Des peines et des autres condamnations* » *qui peuvent être prononcées pour* crimes *ou* » *délits.* » Il est donc certain que cet article ne s'applique ni aux *contraventions*, contre lesquelles on ne peut prononcer que les peines de police, ni aux quasi-délits, contre lesquels la loi n'en prononce aucune autre que les dommages et intérêts.

C'est dans le liv. 4 que le Code s'occupe des *contraventions*. Le chapitre 1er s'occupe avec détail des peines et amendes qui peuvent être prononcées contre les contrevenants, et de la manière de faire exécuter les jugements de condamnation. C'était bien le lieu de parler de la solidarité, si telle eût été la volonté du législateur. L'art. 467 veut que la contrainte par corps ait lieu pour le payement de l'*amende*; mais il ne dit pas que

(1) Rolland, nos 107, 108, 109; Dalloz, vo *Responsabilité*, no 638.

(2) T. 3, p. 683.

(3) « Si vero plures, diviso inter se cœnaculo, habitent, actio in eum solum datur, qui inhabitat eam partem unde effusum est. » (L. 5, *eod.*)

(4) Rolland, vo *Dommage*, no 111; Delvincourt, t. 3, p. 452, note.

(5) *Voy.* aussi l'art. 137 du Code d'instruction criminelle.

tous les individus condamnés pour une même contravention sont tenus solidairement des amendes, comme le dit l'art. 55 des individus condamnés pour un même *crime* ou pour un même *délit*. Cet art. 467 n'étend même pas la contrainte par corps au payement des dommages et intérêts, comme l'art. 52 la prononce à l'égard des condamnations pour crimes ou délits.

Le chap. 2 range les contraventions en différentes classes, afin de mieux graduer les différentes peines qu'on peut prononcer contre les contrevenants, suivant la gravité des cas. L'art. 471, nos 6 et 12, prononce une amende de 1 fr. à 5 fr. contre « ceux qui ont jeté ou » exposé au-devant de leurs édifices des choses » de nature à nuire par leur chute ou par des » exhalaisons insalubres, et contre ceux qui » imprudemment auront jeté des immondices » sur quelques personnes. »

Mais, ni dans le premier chapitre, ni dans l'art. 471, ni dans aucun autre, le Code pénal n'établit la solidarité des amendes, des dommages-intérêts, etc., contre les individus condamnés pour une même contravention, comme l'a fait l'art. 55 contre les condamnés pour un même *crime* ou pour un même *délit*.

C'est donc un point certain qu'il existe, dans la loi, une disposition qui établit la solidarité entre les individus condamnés pour un même *crime* ou *délit*, et qu'il n'en existe aucune qui l'établisse entre les individus condamnés pour une même *contravention*.

De ce fait une fois bien reconnu, il nous paraît résulter *nécessairement* qu'on ne peut suppléer ni prononcer la solidarité contre eux, sans violer ouvertement l'art. 1202 du Code civil, qui défend d'étendre la solidarité aux cas où elle n'est pas prononcée par *une disposition de la loi*.

Je ne sais si je me trompe, mais ceci me paraît aussi bien démontré qu'il soit possible de démontrer une vérité, en tirant la conséquence d'un principe reçu.

Cette différence, au reste, entre les individus condamnés pour un même crime ou délit, et les individus condamnés pour une même contravention, n'est point purement arbitraire : elle est fondée sur la nature des choses ; car, dans les crimes et délits, il y a toujours malignité et dessein de nuire. Il est donc naturel que la volonté commune des délinquants de nuire à l'offensé lui donne contre eux la même solidarité que lui donnerait, dans un contrat, la volonté commune des obligés de s'engager à une même chose. C'est dans la volonté commune des délinquants que prend sa source la solidarité prononcée contre eux.

Au contraire, dans la plupart des contraventions et dans tous les quasi-délits, il n'y a ni volonté ni dessein de nuire de la part des contrevenants : c'est par négligence, c'est par imprudence qu'ils ont nui, comme on le voit notamment dans l'action de jeter des immondices par une fenêtre (1). La loi n'a donc pu raisonnablement supposer dans les contrevenants, en les soumettant à la solidarité, une volonté commune de nuire, qu'aucun d'eux n'a eue réellement (2).

152. Cependant, quelques arrêts de la cour de cassation, s'ils étaient mal entendus, pourraient répandre des nuages sur un point qui nous paraît si bien démontré. Voici l'espèce du premier :

Desbiez avait été injurié et battu par les sieurs Pasteur, père et fils. C'était un délit, puisque les injures étaient accompagnées de coups. (Article 320.) Cependant, Desbiez ne considéra le fait que comme une contravention, puisqu'il cita les offenseurs devant la justice de paix, qui rejeta sa demande. Mais en appel, le tribunal de première instance de Besançon condamna les Pasteur solidairement à 20 fr. de dommages et intérêts et aux dépens.

Pourvoi en cassation pour contravention à l'art. 1202 du Code civil.

Le pourvoi fut rejeté par arrêt du 6 septembre 1815 : « Considérant que, dans l'espèce et » *les circonstances* de la cause, la condamnation » solidaire aux dommages et intérêts et dépens » ne doit être regardée, quant aux dépens, que » comme le supplément et le complément de la » réparation civile du *délit* qui avait donné lieu » à l'action, et qu'en ce sens elle n'est contraire » ni à l'art. 1202 du Code civil, ni à aucune » loi. »

Remarquez l'état singulier dans lequel se présentait l'affaire. Desbiez avait cité les Pasteur devant le juge de paix, non pas comme juge de police : il s'était rendu appelant, non pas encore comme d'un jugement de police, dont l'appel n'aurait pu être porté qu'au tribunal correctionnel, et non au tribunal civil de première instance : c'était donc d'un jugement civil que Desbiez demandait la cassation, et sous ce point de vue, l'application de l'article 1202 paraissait inévitable.

Cependant, au fond, cette solidarité prononcée, loin de grever les Pasteur, leur était favorable ; car, si l'affaire avait suivi le cours légal, elle eût dû être portée, non pas à la justice de

(1) *Sic* Bordeaux, 16 février 1829 ; Duranton, t. 6 (XI, éd. fr.), no 194. *Contra*, Aix, 14 mai 1825 ; Nancy, 18 mai 1827. Cour de cass., 8 novembre 1836, rejet (Sirey, 1836, 1, 801) ; 12 juillet 1837, rejet (Sirey, 1837, 1, 964) ; 29 janvier 1840, rejet (Sirey, 1840, 1, 369) ; Zachariæ, t. 2, § 298, note 12.

(2) Toutefois, la jurisprudence de la cour de cassation est contraire à cette opinion, quand il s'agit d'amende ou de dépens. Duranton, t. 6 (XI, éd. fr.), no 194, pense que, dans l'art. 55 du Code pénal, le mot *délit* a une acception générale qui embrasse même les contraventions.

paix, mais au tribunal correctionnel, où ils auraient été condamnés chacun à une amende de 16 à 100 fr., solidaire de plein droit, en vertu de l'art. 55 du Code pénal. Ajoutez à cela que, dans l'espèce, la solidarité avait un principe de justice, puisque certainement les deux Pasteur avaient eu la volonté commune d'offenser et d'outrager Desbiez. Ce fut, sans doute, par ces *circonstances* que la cour de cassation, qui ne voulait pas avec raison appliquer l'art. 1202, lequel, au fond, n'était pas applicable à une condamnation causée par un *délit,* se porta à ne regarder la solidarité prononcée par le tribunal civil contre les Pasteur, que comme un supplément de *la réparation civile du délit qui avait donné lieu à l'action.* Il est évident que, loin qu'on puisse tirer de cet arrêt de circonstance, rendu dans une espèce aussi singulière, aucune conséquence contre notre doctrine, il pourrait plutôt servir à la confirmer, puisqu'il s'agissait réellement d'un *délit,* ainsi que le qualifie l'arrêt de la cour de cassation.

En voici un second qui, bien entendu, sert encore à confirmer la doctrine que nous avons établie sur le texte même de la loi :

Le sieur Chevalier assigne devant le juge de paix les femmes Rigaud, Menager, Carbonier et plusieurs filles, qui avaient glané dans ses champs, ensemencés de trèfle et de luzerne, avec des râteaux de fer, prohibés par d'anciens règlements. Il assigne en même temps les pères et maris des délinquantes, et il conclut à ce qu'ils fussent tous condamnés *solidairement* à des dommages et intérêts, les uns comme auteurs, les autres comme civilement responsables.

Le 15 octobre 1817, jugement qui condamne *solidairement* les femmes Rigaud et autres à des dommages et intérêts, pour réparation des *dégâts faits* en glanant avec des râteaux prohibés; et qui, en outre, condamne les pères et les *maris* des délinquantes comme civilement responsables.

Pourvoi en cassation, fondé sur trois moyens, dont il est inutile de rapporter le premier; le second, fondé sur la violation de l'art. 1202 du Code civil; le troisième, pour excès de pouvoir et fausse application de l'art. 1384, en ce que le jugement déclare les maris responsables, quoique cet article ne le porte pas, et que l'art. 1424 présente une induction opposée, puisque les amendes encourues par les femmes ne peuvent être prononcées que sur la nue propriété de leurs biens.

Ce pourvoi fut rejeté par arrêt du 25 décembre 1818, « attendu, sur le second moyen, que » le jugement attaqué, loin d'avoir violé aucune » loi, ni contrarié aucun principe, s'est, au con- » traire, exactement conformé à l'art. 55 du » Code pénal, en prononçant la solidarité contre » tous les individus condamnés pour *le même* » *délit.* »

Le troisième moyen fut également rejeté. Nous en parlerons bientôt, en expliquant l'article 1384. Arrêtons-nous, quant à présent, au second.

En disant que l'arrêt attaqué s'était exactement conformé à l'art. 55 du Code pénal, en prononçant la solidarité contre tous les individus condamnés *pour le même délit,* la cour de cassation pensa donc que le fait dont il s'agissait n'était pas une simple contravention, mais un *délit;* et c'est ce que prouve le considérant de son arrêt : « Attendu que l'article 471 du » Code pénal, uniquement relatif à ceux qui gla- » nent, râtèlent ou grapillent, dans les champs » non encore dépouillés, ou avant le lever, ou » après le coucher du soleil, est étranger, et sans » aucune application possible, au mode de râte- » lage avec des râteaux à dents de fer, dans des » terres emblavées de trèfle et de luzerne, etc. »

Ainsi, la cour de cassation commença par déclarer non applicable au fait dont il s'agissait l'art. 471, n° 10, qui n'est relatif qu'à une contravention. Il ne restait donc qu'à lui appliquer l'art. 444, qui, dans la section *des Destructions, dégradations et dommages,* met la dévastation des plants au nombre des *délits* contre les propriétés, et condamne à un emprisonnement de deux à cinq ans quiconque aura dévasté des plants venus naturellement, ou faits de main d'homme, tels que les trèfles et les luzernes nouvellement ensemencés, auxquels des râteaux à dents de fer devaient nécessairement causer un grand dégât. Le fait était donc réellement, non pas une simple contravention, mais un délit, qualifié tel par le Code pénal; et par conséquent on devait appliquer l'article 55, qui prononce la solidarité des dommages et intérêts, etc., contre les condamnés pour un même délit.

L'arrêt de la cour de cassation du 25 décembre 1818, loin d'être contraire à notre doctrine, la confirme donc bien clairement, puisqu'il ne déclara la solidarité, prononcée par l'art. 55, applicable au fait, qu'après avoir dit que l'article 471, n° 10, n'était pas applicable à ce même fait, qu'il regarde comme un *délit.*

135. Les dispositions des art. 1382 et 1383, qui obligent l'auteur d'un fait quelconque ou d'une omission à réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute ou par sa négligence, sont tellement générales et tellement étendues, qu'il est presque impossible, et heureusement inutile, d'énumérer tous les cas où elles doivent s'appliquer. Il suffit de bien développer le principe, et de donner ensuite quelques exemples de son application.

Voici comme le savant Domat (1), dans son style toujours clair et précis comme celui des lois, développe le principe consacré dans nos art. 1382 et 1383 : « Toutes les pertes, tous les

(1) Liv. 2, tit. 8, sect. 4, *Des autres espèces de dommages causés par des fautes, sans crimes ni délit.*

» dommages qui peuvent arriver par le fait de » quelque personne, soit imprudence, légèreté, » ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres » fautes semblables, *si légères qu'elles puissent » être* (1), doivent être réparés par celui dont » l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. » C'est un tort qu'il a fait, quand même il n'au- » rait pas eu intention de nuire (2). » C'est en cela que le quasi-délit diffère du délit et du dol.

Ainsi, point d'excuse sur l'intention ni sur la qualité de la faute. La loi, d'accord avec la raison, veut qu'on répare le dommage causé par la faute la plus légère : car il est, sans contredit, plus juste que l'auteur même indirect du dommage en supporte la perte, quelque légère que soit sa faute, que celui à qui on n'en saurait reprocher aucune (3).

Point d'excuse encore sur l'ignorance. Les lois mettent au nombre des dommages causés par des fautes, ceux qui arrivent par l'ignorance des choses qu'on doit savoir : *Imperitia culpæ adnumeratur* (4). Ainsi, lorsqu'un artisan, pour ne pas savoir ce qui est de sa profession, fait une faute qui cause quelque dommage, il est tenu de le réparer. On en trouve des exemples dans la section *des Devis et marchés*, liv. 3, tit. 8, chap. 3, sect. 3, du Code civil.

Le droit romain étend la conséquence du principe jusqu'au point de rendre responsable le charretier qui a mal rangé des pierres sur sa charrette. Si la chute d'une pierre cause quelque mal, il en répond (5).

Enfin, point d'excuse même dans la faiblesse de celui qui entreprend une chose au-dessus de ses forces; en ce cas, la faiblesse est mise au rang des fautes : *Infirmitas culpæ adnumeratur.*

Ainsi, un cavalier, un muletier, un voiturier, ou tout autre conducteur, qui n'a pas la force ou l'adresse de retenir un cheval fougueux, ou une mule qui s'effarouche, sera tenu du dommage qui en arrivera ; car il ne devait point entreprendre ce qu'il ne savait ou ne pouvait point faire. C'est une faute de se servir d'un cheval trop fougueux ou vicieux (6), qu'on est incapable de dompter ou conduire. Ainsi, celui qui, pour avoir chargé un cheval ou une mule au-dessus de leur force, pour n'avoir pas évité un pas dangereux, ou par quelque autre faute, donne lieu à une chute qui cause du dommage à quelque passant, doit répondre de ce fait (7).

Ainsi donc, point d'exception : tout fait quelconque qui cause du dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, quand même il n'aurait eu aucune intention de nuire, comme dans le cas des crimes et des délits (8).

134. Mais il arrive souvent qu'un fait licite et inoffensif, qui ne fait aucun tort à autrui immédiatement et par lui-même, occasionne néanmoins de grands dommages, par ses suites imprévues et accidentelles, même par cas fortuit. En tous ces cas, l'auteur du fait n'en est pas moins tenu de le réparer, s'il a négligé de prendre les précautions nécessaires pour le prévenir: *Nam et qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur* (9). Le dommage est alors une suite de la négligence, de l'imprudence, ou de la faute de l'auteur du fait.

Tous ces cas sont compris dans la disposition générale de l'art. 1383, qui porte : « Chacun est » responsable du dommage qu'il a causé non- » seulement par son fait, mais encore par sa né- » gligence ou par son imprudence. »

Par exemple, celui qui serre du foin dans son grenier fait un acte très-licite et même d'économie; mais s'il l'a serré avant que le foin fût assez sec, et si la fermentation en occasionne la combustion et l'inflammation, le propriétaire est tenu de réparer le dommage causé aux voisins par cet incendie (10); car c'est une véritable faute, tout au moins une grande imprudence, d'avoir serré du foin encore humide. Il n'y a aucun doute sur ce point.

Vous n'êtes pas répréhensible d'avoir fait, dans votre pré, une fosse pour prendre des loups ou autres bêtes féroces. Si mon bœuf y tombe, se tue ou se blesse, vous ne répondez

---

(1) « In lege Aquilia, et levissima culpa venit. » (L. 44, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.)

(2) « Etiam ab eo qui nocere noluit. » (L. 5, § 1, ff. *eod.*)

(3) C'est aussi la doctrine des moralistes et des auteurs qui ont écrit sur le droit naturel. *Voy.* Burlamaqui, *Éléments du droit naturel*, 3e part., liv. 2, p. 105 et 106, édit. de Lausanne, 1775. *Voy.*, dans ce sens, Bruxelles, 29 novembre 1827.

(4) « Imperitia quoque culpæ adnumeratur. » (§ 7, Inst., *de lege Aquil.*, 4, 3. L. 9, § 5, ff. *locati*, 19, 2. L. 132, ff. *de reg. jur.*)

(5) « Si ex plaustro lapis ceciderit, et quid ruperit, vel fregerit, Aquiliæ actione plaustrarium teneri placet : si male composuerit lapides, et ideo lapsi sunt. » (L. 27, § 33, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.)

(6) « Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eæ alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur nomine culpæ teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit. Nec videtur iniquum, si infirmitas culpæ adnumeretur : cum affectare quisque non debeat in quo vel intelligit, vel intelligere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem juris est in persona ejus qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam, vel infirmitatem, retinere non poterit. » (L. 8, § 1, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.)

(7) « Si propter loci iniquitatem, aut propter culpam mulionis, aut si plus justo onerata quadrupes, in aliquem onus everterit, hæc actio cessabit, damnique injuriæ agetur. » (L. 1, § 4, ff. *si quadrup. paup. fec. dic.*, 9, 1.)

(8) Rolland, vo *Dommage*, nos 30, 31, 32, 40 et 37.

(9) L. 30, § 3, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.

(10) *Voy.* la nouvelle collection de jurisprudence, par Camus et Bayard, connue sous le nom de *Nouveau Denisart*, vo *Cas fortuit*, p. 252.

point de ce dommage, quoique arrivé à l'occasion de la fosse que vous avez creusée.

Mais vous en répondrez, si vous l'avez creusée dans un chemin, dans un sentier où les bestiaux ont l'habitude de passer. (L. 28, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.) Il en est de même, si la fosse est faite dans un lieu où vous n'aviez pas le droit de la creuser.

Les maçons, couvreurs et charpentiers, occupés à travailler au haut des édifices situés sur les lieux publics, répondent des accidents occasionnés par la chute des matériaux, s'ils n'ont pas pris les précautions d'usage pour avertir les passants du danger. Ils n'en répondent pas, si l'édifice était situé sur un lieu privé, où l'on n'avait pas l'habitude de passer. Ils n'ont pas pu deviner que quelqu'un viendrait y passer : *Cum divinare non potuerit an per eum locum aliquis transiturus sit.* (L. 31, ff. *ibid.*)

J'emprunte un bateau pour aller pêcher; je le laisse, le soir, au bord de la rivière. Dans la nuit, les eaux croissent, l'entraînent; il est submergé et perdu. Je réponds du dommage, quoique causé par cas fortuit; il est une suite de ma négligence ou de mon imprudence : je devais attacher le bateau, ou l'attacher plus solidement.

Nous nous promenons au bord du rivage. Vous me donnez à examiner un anneau ou autre bijou, qui m'échappe, tombe dans l'eau et se perd ; je suis tenu d'un dommage causé par mon imprudence ou ma maladresse.

Je vous prête un cheval pour aller à Nantes; vous le conduisez à Saint-Malo, où il périt par cas fortuit; vous répondez de cette perte, qui est une suite de votre fait. (Art. 1881.)

155. Voici un autre exemple tiré du jurisconsulte Paul. Je fais brûler le chaume ou les mauvaises herbes de mon champ ; le feu se propage, soit par les progrès qu'il fait, en suivant les matières inflammables, soit par le vent qui enlève des chaumes enflammés, et occasionne ainsi l'incendie de la moisson du champ voisin; je suis tenu de réparer le dommage (1).

Plus indulgent en cela que notre droit français, le jurisconsulte ajoute que, si j'ai pris les précautions qu'il fallait pour empêcher la communication du feu, je ne suis point tenu de réparer le dommage causé par l'incendie, occasionné par un coup de vent subit, *subita vis venti.*

Mais Domat (2) rejette avec raison cette dernière disposition, et n'admet point une pareille excuse, parce que cet événement devait être prévu, et qu'on pouvait en prévenir l'effet en arrachant au large tout ce qui pouvait joindre les herbages ou la moisson voisine, parce qu'on doit s'abstenir de ce qui peut causer du dommage, ou se charger de l'événement, si l'on s'y expose.

Domat observe même que les lois divines, qui contiennent une disposition sur ce point, semblent condamner indistinctement celui qui a mis le feu à réparer le dommage qui s'en est ensuivi (3).

Les dangers du feu sont tellement à craindre, et les malheurs qu'il occasionne tellement fréquents, que notre législation française a toujours été d'une grande sévérité sur tout ce qui peut occasionner des incendies. L'art. 32, titre 27, de l'ordonnance des eaux, bois et forêts, du mois d'août 1669, porte : « Faisons aussi » défense à toutes personnes de porter et allu- » mer du feu en quelque saison que ce soit, » dans nos forêts, landes et bruyères, et celles » des communautés et particuliers, à peine de » punition corporelle et d'amende arbitraire, » outre *la réparation des dommages que l'incen-* » *die pourroit avoir causés*, dont les commu- » nautés et autres qui auront choisi le garde » demeureront civilement responsables. »

Mais aujourd'hui les tribunaux ne peuvent appliquer aux délits de police forestière que les peines admises par le Code pénal (4).

156. Sous la nouvelle législation, l'art. 3 du titre 2 de la loi du 24 août 1790 range parmi les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux (aujourd'hui des maires [loi du 28 pluviôse an VIII]), « le soin de » prévenir, par des précautions convenables..., » les accidents calamiteux, tels que les incen- » dies... »

Au surplus, les municipalités sont autorisées, par l'art. 46 du titre 1er de la loi du 22 juillet 1791, à publier de nouveau les lois et règlements de police; ce qui leur donne la faculté de faire exécuter les anciens règlements, qui prescrivent des mesures de pure localité pour prévenir les incendies, et de faire punir les contrevenants des peines portées par ces mêmes règlements. *Voy.* l'art. 484 du Code pénal.

157. Parmi ces mesures de police, qui ont pour objet de prévenir les incendies, il en est de communes à toute la France. L'art. 10 du titre 2 de la loi du 27 septembre 1791, concernant la

---

(1) « Si quis in stipulam suam vel spinam, comburendæ ejus causa, ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiramus num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est; nam et qui occasionem præstat damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, et qui non observavit ne ignis longius procederet.

» At si omnia quæ oportuit observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa. » (L. 30, § 3, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.)

(2) Liv. 2, tit. 8, sect. 4, nº 9, à la note, p. 186.

(3) « Si egressus ignis invenerit spinas, et comprehenderit acervos frugum, sive stantes segetes in agris, reddet damnum qui ignem succenderit. » (Exod., 22, 6.)

(4) *Voy.* un avis du conseil d'État, du 3 pluviôse an x, rapporté dans le *Répert.*, vº *Inutiles*, à la note. *Voy.* Rolland, vº *Dommage*, nºs 42 à 48.

police rurale, porte : « Toute personne qui aura » allumé du feu dans les champs, plus près que » cinquante toises des maisons, bois, bruyères, » vergers, haies, meules de grain, de paille et » de foin, sera condamnée à une amende égale » à la valeur de douze journées de travail, et à » payer en outre le dommage que le feu aurait » *occasionné*. Le délinquant pourra de plus, » suivant les circonstances, être condamné à la » détention municipale. »

Le Code pénal porte aussi, art. 458 : « L'in» cendie des propriétés mobilières ou immobi» lières d'autrui, qui aura été causé par la vétusté » ou le défaut, soit de réparation, soit de net» toyage des fours, cheminées, forges et mai» sons ou usines prochaines, *ou par des feux » allumés dans les champs à moins de cent mè» tres* des maisons, édifices, forêts, bruyères, » bois, vergers, plantations, haies, meules, tas » de grains, pailles, foins, fourrages, ou de tout » autre dépôt de matières combustibles, ou par » des feux ou lumières portés ou laissés sans » précautions suffisantes, ou par des pièces d'ar» tifice allumées ou tirées par *négligence* ou » *imprudence*, sera puni d'une amende de 50 fr. » au moins, et de 500 fr. au plus. »

Notez bien que celui qui a allumé des feux dans la distance prescrite ou même au delà n'est pas soumis à l'amende, mais il n'est pas dégagé de la responsabilité du dommage causé par l'incendie, qui se serait propagé par son imprudence ou même par cas fortuit. Voy. *supra*, nº 155.

158. Un règlement du parlement de Bretagne, du 11 juillet 1768, conforme à un précédent du 19 juillet 1715, défend à tous les gens de campagne de « placer leurs pailles et foins » plus près de leurs maisons, écuries et étables, » que de quarante pas de distance d'icelles, sous » peine de *prison* et de punition corporelle, » suivant l'exigence des cas (1); » et, à plus forte raison, de la distance des maisons voisines, etc.

Voilà encore un règlement local qui doit être observé; et si la peine de prison qu'il prononce ne peut être prononcée hors la Bretagne, son inobservation doit du moins, ce semble, avoir partout l'effet de faire considérer les contrevenants comme étant en faute, et par conséquent de lever le doute qui pourrait s'élever sur leur responsabilité, en cas d'incendie arrivé par suite de la faute d'avoir placé des pailles trop près des maisons.

159. C'est ici le lieu de parler des dommages causés aux maisons et autres édifices par les incendies arrivés non par dol, malignité ou dessein prémédité : ce seraient des crimes punis de la peine capitale; il n'entre point dans notre plan d'en parler; mais par les incendies qui, n'ayant pour cause qu'une faute, une négligence ou une imprudence, ne sont considérés que comme des quasi-délits qui obligent leurs auteurs à réparer les dommages occasionnés par leur faute.

Il n'est pas douteux que tous ceux qui ont causé un incendie par leur faute sont responsables des dommages qu'en souffrent les personnes à qui appartenaient la maison ou les choses incendiées. C'est le principe général.

Mais 1º jusqu'à quel degré faut-il avoir porté la faute pour être responsable de l'incendie qui en est résulté, et de ses suites? 2º Comment prouver cette faute, lorsque, ce qui est le cas le plus ordinaire, la cause de l'incendie est inconnue ou incertaine? Ce sont des questions importantes qu'il faut examiner.

Merlin applique à la première de ces questions la doctrine des interprètes du droit romain, sur la division des fautes en trois espèces : la faute lourde ou grossière, la faute légère et la faute très-légère. Partant de là, il commence par distinguer si l'auteur de la faute, qui a causé l'incendie, était ou n'était pas obligé, par un contrat ou par un quasi-contrat, de veiller à la conservation des choses incendiées.

S'il y était obligé, Merlin, suivant toujours la doctrine des interprètes, sous-distingue : Ou le contrat a eu lieu pour le seul intérêt de celui qui a causé l'incendie; par exemple, si j'ai donné gratis l'habitation de ma maison pour un temps à celui qui a causé l'incendie, dans ce cas, il est tenu de la faute la plus légère, c'est-à-dire, de la moindre qu'on puisse commettre.

Ou le contrat a eu lieu pour l'utilité commune des deux parties; par exemple, si j'ai vendu ma maison que j'ai laissée brûler avant de l'avoir livrée; par exemple encore, si la maison louée est incendiée par la faute du locataire, si la maison donnée en dot est incendiée par la faute du mari, la maison sociale par l'un des associés, etc.; dans ces cas et autres semblables, celui par la faute de qui l'incendie est arrivé n'est tenu que de la faute grossière et de la faute légère, et non de la très-légère, parce que les contrats sont pour l'avantage commun des deux parties.

Ou enfin le contrat a pour but le seul avantage du propriétaire de la chose incendiée, comme dans le cas du dépôt, et dans ce cas, le dépositaire n'est tenu que de la faute lourde ou du dol, parce que le contrat n'était que pour la seule utilité du déposant.

Mais si l'auteur de l'incendie n'était obligé par aucun contrat à la conservation de la chose, il répond, dit Merlin, de sa faute la plus légère; car, en ce cas, il doit être poursuivi en vertu de la loi *Aquilia* : or, *in lege Aquilia, et levissima culpa venit*. (L. 44, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.)

Nous croyons avoir prouvé, tome 5 (VI, éd. fr.), nºs 230 et 234, que toute cette doctrine des interprètes, ainsi que leurs règles sur la presta-

(1) *Voy*. Duparc-Poullain, t. 8, p. 125.

tion des fautes commises dans l'exécution des contrats, manque absolument d'exactitude; que les définitions des fautes lourdes, légères, et très-légères, n'ont point une signification assez fixe pour en faire, avec certitude, l'application dans la pratique; que les différences de ces fautes ne sont point assez marquées pour qu'on puisse, avec justesse, discerner les unes des autres; que, pour sauver l'injustice qu'entraînerait l'application des règles établies sur cette division, les interprètes ont été forcés de soumettre ces règles à tant d'exceptions, que les cas d'exception sont plus nombreux que les cas d'application de la règle; que souvent ces règles ne sont point conformes à l'équité naturelle, et qu'elles ne sont d'aucune utilité au barreau; qu'enfin cette doctrine est l'ouvrage des interprètes, et non des jurisconsultes romains; et qu'on ne peut réduire cette théorie à des règles fixes, parce que la décision des cas dépend toujours des circonstances et de la question d'imputabilité.

Nous croyons surtout, ce qui est pour nous le point principal, avoir prouvé, tant par l'autorité de l'orateur du gouvernement, que par le texte même des art. 1136 et 1137, que la règle de différence établie par les interprètes, entre les contrats *in quibus utriusque partis*, *vel unius, tantum versatur utilitas*, est formellement abrogée par le Code, en ce qui concerne la prestation des fautes commises sur l'exécution des contrats, puisque l'art. 1137 dit positivement que l'obligation de conserver la chose est la même, « soit que la convention n'ait pour ob» jet que *l'utilité de l'une des parties*, soit » qu'elle ait pour objet *leur utilité commune*. »

Après une abrogation aussi formelle, il nous semble qu'on peut encore moins appliquer la règle fausse des interprètes aux dommages causés par des quasi-délits, puisque les art. 1382 et 1383, qui sont pour nous la seule règle en cette matière, portent que chacun répond du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par *sa négligence* ou par son *imprudence;* expressions qui comprennent toutes les fautes, même d'omission, quelque légères qu'elles soient.

Remarquons encore que de l'application que fait Merlin de la règle des interprètes aux dommages causés par les quasi-délits, il résulte une conséquence que la raison repousse : c'est que celui qui est obligé par un contrat, *in quo versatur utilitas utriusque partis,* le locataire, par exemple, à conserver la chose incendiée, n'est tenu que de sa faute légère, tandis que celui qui n'est obligé à la conserver par aucun contrat est tenu de sa faute la plus légère, *de levissima culpa.*

Bien plus : le locateur de la maison incendiée peut agir contre le locataire par l'action *locati*, ou par l'action de la loi *Aquilia*. Merlin en convient. S'il choisit l'action *locati*, le locataire ne répondra que de sa faute légère; s'il choisit l'action de la loi *Aquilia*, il répondra *de levissima culpa.*

Merlin en convient encore; mais il croit sauver ces contradictions par une distinction qui n'en sauve qu'une partie. Il y a, dit-il, des fautes de commission, *in faciendo,* d'autres de simple omission, *in non faciendo.* (L. 91, ff. *de verb. oblig.*, 45, 1.)

Or, la loi *Aquilia* ne sévit point contre les fautes de pure omission, c'est-à-dire contre les simples négligences, mais seulement contre les fautes de commission, *in faciendo.*

Si donc le locataire n'a péché que par omission ou négligence, il ne sera pas tenu *de levissima culpa;* il y sera tenu, s'il a péché par commission, *in faciendo.*

Ainsi, malgré ces subtilités, reste toujours que celui qui n'est tenu par aucun contrat à la conservation de la chose incendiée est tenu plus rigoureusement pour les fautes d'omission que celui qui y est obligé par un contrat; ce qui répugne à la raison.

Autre difficulté encore. Merlin nous avertit que *très-souvent* il faut considérer comme fautes *in faciendo*, des fautes qui ne paraissent qu'*in omittendo;* ce qui retombe dans l'arbitraire.

Il faut avouer que si toute cette doctrine subtile, ces distinctions et sous-distinctions, viennent réellement du droit romain, qui n'a point chez nous d'autorité législative, il faut les rejeter pour deux raisons : d'abord, parce qu'elles sont injustes et déraisonnables; ensuite, parce que le Code rejette expressément toute fausse et subtile doctrine des interprètes, sur la prestation des fautes relatives à l'inexécution des contrats, et qu'à l'égard des quasi-délits, il la rejette également, en rendant chacun responsable même de sa négligence ou de son imprudence.

Ainsi, plus de distinction ni de sous-distinction sur la nature des fautes et des contrats, surtout en cas d'incendie, où il n'y a point de fautes légères. « Les incendies n'arrivent pres» que jamais que par quelque faute, au moins » d'imprudence, ou de négligence; et ceux de » qui la faute, *si légère qu'elle puisse être* (1),

(1) Cette doctrine de Domat, qu'on est tenu de la faute la plus légère, en cas d'incendie, est professée par tous les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel et la morale, et par eux étendue à la réparation de tous les dommages. Burlamaqui, dans ses *Éléments de droit naturel,* 3e part., chap. 2, p. 105, édit. de Lausanne, 1775, dit :

« Si le mal causé à quelqu'un n'est produit que par » une simple faute, les jurisconsultes en distinguent de » trois espèces, *lata, levis et levissima*, la faute très-» légère.

» Or, ajoute l'auteur, de quelque nature que soit cette » faute, on est toujours tenu de dédommager les inté» ressés, lors même que cette faute ne serait que *très-*

» cause un incendie, en seront tenus. » (Domat, liv. 2, titre 8, section 4, n° 6.)

160. Mais enfin, lourde ou légère, comment prouver la faute quand la cause de l'incendie est incertaine, quand on ne sait comment le feu a pris?

Ici, la loi vient au secours de ceux qui ont souffert le dommage, et qui sont, ce qui est le cas le plus ordinaire, privés des preuves qu'il n'a pas été en leur pouvoir de se procurer.

Une longue observation, une observation de tous les siècles, a prouvé que les incendies n'arrivent presque jamais sans la faute ou l'imprudence des personnes qui habitent la maison. Les lois romaines ont érigé cette observation en présomption légale. La loi 3, § 1, ff. *de officio præfecti vigilum,* 1, 15, porte : *Plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium.* La loi 11, ff. *de periculo et commodo rei venditæ,* 18, 6, va jusqu'à déclarer que *incendium sine culpa fieri non potest.*

Voilà donc une présomption légale que tout incendie a sa cause dans la faute de ceux qui habitent la maison, et par conséquent, ils doivent en répondre. Cependant, il est possible qu'ils ne soient pas en faute, et que l'incendie ait été causé par cas fortuit; mais c'est le cas le moins fréquent, c'est l'exception : c'est donc à celui qui l'allègue de la prouver.

Outre la longue observation qui l'a fait établir, cette présomption est manifestement fondée en raison. Sans cette présomption la responsabilité des fautes, si fréquentes et si dangereuses relativement aux incendies, deviendrait nulle; car il serait très-difficile, pour ne pas dire impossible, de prouver que le feu a pris à la maison par la faute de ceux qui l'habitent. Il n'y a ordinairement dans la maison, et surtout pendant la nuit, que le père de famille, sa femme, ses enfants, ses domestiques, dont il doit répondre; eux seuls pourraient dire comment le feu a pris. Mais, outre qu'on ne peut guère attendre d'eux la confession de leur faute, ce cas n'est point du nombre de ceux où l'on puisse admettre les témoignages domestiques : c'est donc avec raison que les lois romaines ont établi les présomptions de culpabilité contre les habitants de la maison incendiée, sauf la preuve du contraire.

Aussi, cette présomption sage fut reçue très-anciennement en France, non-seulement dans les pays où le droit romain avait force de loi, mais encore dans les pays coutumiers. L'article 645 de notre coutume de Bretagne, réformée en 1580, l'adopte de la manière la plus générale et la plus précise; il porte : « Si le feu » prend en la maison et la brûle, *celui qui y » demeure,* vérifiant qu'il n'y ait eu de sa faute, » ne sera responsable de la maison ni des meu» bles qui y étoient, etc. »

Cette disposition, comme on voit, est générale et s'applique à tous ceux *qui demeurent* dans la maison, à quelque titre qu'ils l'habitent, propriétaires, locataires et autres. C'est une conséquence du principe : *quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium* (1).

161. Cependant, comme il pouvait s'élever du doute à l'égard des locataires qui, suivant la fausse doctrine des interprètes (2), sur la division des fautes en grossières et légères et très-légères, ne sont pas tenus de la faute très-légère, *de levissima culpa,* parce que le contrat de louage est fait pour l'avantage réciproque des deux contractants, *quia versatur utilitas utriusque,* disent les interprètes, on crut devoir faire, le 15 janvier 1722, une loi spéciale contre les locataires, à l'occasion du grand incendie qui consuma une grande partie de la ville de Rennes, à la fin de décembre 1720. Cette loi porte : « Les » locataires des maisons et faubourgs de la ville » de Rennes, qui auront mis le feu, répondront » du dommage qui en arrivera, et seront les » pères de famille civilement tenus du fait de » leurs femmes, enfants et domestiques (3). »

Si, dans le reste de la France coutumière, on ne trouve pas de loi générale qui établisse la présomption légale de culpabilité contre les habitants de la maison incendiée, elle n'en était

---

» *légère.* La raison en est que la société exige que nous » nous conduisions avec tant de circonspection que no» tre commerce n'ait rien de dangereux pour les autres » hommes.

» Et d'ailleurs, il est sans contredit plus juste que » l'auteur même du dommage en supporte la perte, » quelque légère que soit sa faute, que de la faire re» tomber sur celui à qui le dommage a été fait, et à qui » on ne saurait reprocher aucune faute. »

(1) *Contra,* Merlin, v° *Incendie;* Proudhon, *de l'Usufruit, passim;* Quesnault, n°s 59, 60, 61, 260 et suiv.; Greën et Joliat, n° 184.

(2) Voy. *supra,* n° 159, et t. 3 (VI, éd. fr.), n°s 230-234. Aux auteurs que nous y avons cités, on peut ajouter *l'Essai sur la prestation des fautes,* par Lebrun.

(3) Cette loi se trouve dans les *Conférences* de Duparc-Poullain, sur l'art. 645 de la coutume. Cette loi, au reste, paraissait peu nécessaire, d'après la doctrine de d'Argentré, sur l'art. 599 de l'ancienne coutume de Bretagne, glos. 1, n° 3, *in fine;* mais on dispute contre l'opinion d'un auteur, quelque raisonnable qu'elle soit. Une loi commande l'obéissance. Voici, au reste, les termes de d'Argentré, qui sont très-propres à prouver la nécessité de la présomption légale de culpabilité :

« Pro locatore manifesta ratio facit, quia cum domi» nus ædes suas alteri locaverit, non licet posthac do» mino inquirere quid in suo sed conducto fiat, nec » ulla ratione sibi potest prospicere, nec curiosus esse » debet, quam sedulis aut diligentibus servis, aut famu» litio conductor utatur, alieno enim ut suo conductor » utitur, etiam dominum prohibendo. Quid igitur ad» ferri potest, cur non præstet, quod non nisi ab eo » caveri potest, non nisi ab eo aut familia admitti? » Justa causatio locatoris hæc est : Nisi tu conduxisses, » ædes mihi meæ salvæ starent; ubi conduxisti, exclu» sisti me, ne mihi prospicerem, ne prohiberem incen» dium, quod te aut tuos immisisse omnino necesse est, » cum aliunde non potuerit. »

pas moins presque (1) universellement reçue et observée, comme le prouve la jurisprudence des arrêts, attestée par les auteurs français les plus recommandables.

Il serait trop long, et d'ailleurs inutile, sous l'empire du Code, d'énumérer ici tous les arrêts qui fondent cette jurisprudence, et les auteurs qui les rapportent. Les uns et les autres sont indiqués dans le *Répertoire*, au mot *Incendie*, où l'auteur se prononce en faveur de l'opinion de ceux qui pensent que c'est au défendeur en dommages et intérêts à prouver que ni lui ni ses domestiques ne sont en faute, et qu'il doit être condamné, s'il ne justifie pas que le feu a pris par cas fortuit; opinion érigée en loi par l'art. 1733, qui porte : « Il (le locataire ou fer-» mier) répond de l'incendie, à moins qu'il ne » prouve :

» Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou » force majeure, ou par vice de construction;

» Ou que le feu a été communiqué par une » maison voisine. »

La conséquence naturelle de ce texte n'est pas seulement que le propriétaire de la maison incendiée n'a aucune preuve à faire pour établir la responsabilité du fermier ou locataire que la loi présume en faute; mais encore que celui-ci ne peut s'excuser sur ce qu'il n'a commis qu'une faute très-légère, même d'omission. Le Code ne l'admet à prouver que l'une de ces quatre excuses : le cas fortuit, la force majeure, le vice de construction qui a occasionné l'incendie, et enfin, le fait de la communication du feu par une maison voisine.

Il suit encore naturellement de ce texte que le locataire ne peut s'excuser sur la faute de l'une des personnes qui logeaient dans la maison. C'était à lui de veiller sur elles; c'est lui que la loi rend responsable, parce que c'est lui qu'elle présume en faute : c'est donc contre lui qu'elle donne une action pour la réparation du dommage; il y a contre lui une présomption spéciale (2), en vertu de laquelle il répond de tous ceux qu'il admet dans sa maison.

162. Ainsi, en matière d'incendie, il est désormais inutile de rechercher quels sont les cas où le locataire, le maître du logis, répond des personnes de la maison qui l'ont causé; il répond non-seulement des fautes de sa femme, de ses enfants, de ses domestiques ou commensaux, des ouvriers qu'il emploie, mais encore de ses hôtes, de tous ceux qu'il admet dans sa maison.

Le droit romain était, à cet égard, plus indulgent; il ne rendait le père de famille responsable que dans le cas où il aurait été lui-même en faute d'avoir pris à son service ou reçu chez lui des personnes de la part desquelles il y avait lieu de craindre de pareils accidents (3).

Mais la jurisprudence française était en général (4) plus sévère, et rendait le maître du logis indistinctement responsable de ses domestiques, de ses pensionnaires, de ses hôtes (5). Le Code a consacré cette jurisprudence (art. 1733), en rendant indistinctement, et dans tous les cas, le locataire responsable de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction; ou enfin que le feu a été communiqué par une maison voisine (6).

163. Sans doute, si l'incendie a été causé par la faute d'un de ses hôtes, le maître du logis doit avoir une action pour le faire condamner à réparer les dommages qu'il en a personnellement soufferts (7), et à l'indemniser des condamnations qui pourraient être prononcées au profit du propriétaire de la maison ou autres.

Mais cette action ne dégage point le locataire, maître du logis, de sa responsabilité envers ces derniers; car c'est contre lui spécialement qu'elle est prononcée, parce qu'il est présumé en faute.

164. Si l'incendie a été causé par la faute de la femme, le droit romain donnait au mari une action en indemnité contre elle, dans le cas même où elle n'aurait causé de dommage que sur les biens de son mari, et non sur ceux d'un étranger : *Mulier si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliæ convenitur*, dit la loi pénultième, ff. *ad legem Aquiliam*, 9, 2. En est-il de même dans notre droit français? Nous traiterons cette question dans le titre suivant.

(1) Nous disons *presque*, parce que Bouvot, vº *Brûlement*, cite plusieurs arrêts qui semblent annoncer que la jurisprudence du parlement de Dijon était contraire.

Parmi les auteurs dont l'opinion a coutume de faire autorité, Henrys, liv. 4, quest. 83, prétend que c'est au propriétaire dont la maison a été incendiée de prouver que l'incendie est arrivé par la faute du locataire ou de ses gens. Mais son savant annotateur Bretonnier observe fort bien que cette opinion est rejetée et contraire à la jurisprudence.

Voet, sur le titre du Dig., *ad leg. Aquil.*, a aussi soutenu que c'est au propriétaire de la maison incendiée à prouver que le locataire est en faute. Il a été réfuté par Merlin, vº *Incendie*, § 2, 5e édit. du *Répertoire*.

(2) Merlin, *Répert.*, vº *Incendie*, 5e édit.

(3) *Voy.* la loi 11, ff. *locati*, 19, 2; loi *ibid.*, ff. *de peric. et comm. rei venditæ*, 18, 6.

(4) Nous disons *en général*, parce que, dans le grand nombre d'arrêts recueillis sur cette matière, et qu'il est aujourd'hui inutile de consulter, on en trouve de rendus conformément au droit romain.

(5) *Voy.* le *Répert.*, vº *Incendie*, col. B, et vº *Bail*, § 3, nº 15, 5e édit.

(6) *Contra*, Quesnault, nº 297.

(7) Les auteurs accordent cette action au maître de la maison contre ses serviteurs. *Voy.* Rousseau de Lacombe, vº *Incendie*, nº 9.

165. Si l'incendie est causé par la faute d'un enfant majeur, le père a certainement contre lui une action en indemnité; et comme cette action passe à ses héritiers, s'il ne l'a pas exercée de son vivant, le fils devra rapporter à la succession la somme payée par le père; car, en la payant, il n'a fait qu'acquitter une dette de son fils (1). Or le rapport est dû de ce qui a été payé pour la dette de l'un des cohéritiers. (Art. 851.)

166. Merlin, *ubi supra,* dit que le locataire répond, envers le propriétaire, des fautes de ses sous-locataires, en matière d'incendie, en vertu de la disposition générale de l'article 1735. Il ne peut y avoir de doute sur ce point, à l'égard des sous-locataires d'une partie de la maison dans laquelle continue d'habiter le locataire principal. Il semblerait d'abord qu'il devrait exister de la difficulté, si le locataire a sous-loué toute la maison, ou même cédé son bail, comme l'art. 1717 lui en donne la faculté, si elle ne lui a pas été interdite : il n'est donc pas en faute d'avoir cédé son bail; et d'un autre côté, on ne peut présumer que l'incendie soit arrivé par sa faute, puisqu'il n'habitait pas la maison.

Néanmoins, en y réfléchissant, on trouve que l'auteur a eu raison de ne point distinguer entre le sous-locataire partiel et le sous-locataire de la totalité du bail. En affermant la maison, le locataire contracte l'obligation personnelle de répondre de l'incendie dans tous les cas, hors les quatre exceptés par l'art. 1733 : or la sous-location n'est pas du nombre. En sous-louant sans l'agrément du propriétaire, il n'a pu se dégager des obligations qu'il avait contractées par son bail : il a donc tacitement consenti à répondre des fautes du sous-locataire qu'il a choisi pour le préposer en son lieu et place dans la garde de la maison (2). Le propriétaire peut lui dire avec raison : Si vous n'aviez pas sous-loué, ma maison ne serait pas incendiée. Je vous avais choisi par la confiance que j'avais dans votre exactitude et dans votre responsabilité : vous vous êtes substitué, sans mon consentement, un sous-locataire négligent, que je n'aurais pas agréé, si vous me l'aviez proposé : vous n'êtes donc pas dégagé de vos obligations. Ainsi, quoiqu'on ne puisse présumer que vous ayez mis le feu à une maison que vous n'habitiez plus au moment de l'incendie, vous en répondrez en vertu de votre contrat, sauf votre recours vers qui être devra.

L'ancienne jurisprudence rendait également les locataires principaux et les fermiers généraux responsables des fautes des sous-locataires ou sous-fermiers, en matière d'incendie. *Voy.* un arrêt du 29 mars 1758, rendu par le parlement de Paris, et rapporté par Denisart, au mot *Incendie,* n° 15. Le locataire, dit Pothier, *Traité du contrat de louage,* n° 193, est pareillement responsable de ses pensionnaires, de ses hôtes, de ses sous-locataires. (Domat, liv. 1, tit. 5, sect. 2, n° 5.)

Pothier, n° 194, étend cette responsabilité même au locataire d'une auberge, obligé par état de loger des voyageurs qu'il ne connait pas, et par l'imprudence desquels l'incendie est arrivé : car, par la raison même qu'il reçoit des personnes qu'il ne connaît pas, et que sa maison est publique, il doit savoir qu'il est tenu à un soin plus exact, à une plus grande surveillance.

Nous sommes encore sur ce point plus sévères que le droit romain, qui ne rend pas l'aubergiste responsable du fait du voyageur qu'il ne connaît pas et qu'il ne peut renvoyer. *Caupo non præstat factum viatorum, namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes.* (Leg. unic., § 6, ff. *furt. advers. naut.,* 47, 5.)

Si notre jurisprudence est plus rigoureuse que le droit romain, et même dure en certaines circonstances, elle est infiniment plus simple; elle est surtout nécessaire pour la conservation de la sûreté publique, et cette considération doit l'emporter sur celle des injustices particulières.

167. Il faut remarquer qu'en établissant une présomption de culpabilité contre le père de famille qui habite une maison incendiée, les lois ne l'ont point étendue à ceux qu'il a reçus dans sa maison et qui y logent avec lui. Cette extension était en effet inutile; elle l'était à son égard, parce qu'il est toujours à même de savoir si l'incendie a été causé par l'un de ses hôtes, que d'ailleurs il est de son devoir de surveiller; elle l'était également à l'égard des propriétaires et autres qui ont souffert des dommages et intérêts, parce que la responsabilité indéfinie du père de famille, maître du logis, met suffisamment leurs intérêts en sûreté.

Aussi les lois qui assujettissent tous les habitants d'une maison, lorsqu'il y en a plusieurs, à une responsabilité fondée sur une présomption de culpabilité, n'ont entendu parler que du cas où il se trouve plusieurs locataires ou habitants principaux; en un mot, plusieurs maîtres de maison ou pères de famille. Par exemple, la loi 1, § 10, et la loi 2, ff. *de his qui effuderint,* 9, 3, disent que s'il y a plusieurs *habitants* dans la maison d'où l'on a jeté des immondices sur les passants, ils sont tous obligés de réparer le dommage, parce qu'il est impossible de savoir quel est celui qui a jeté : *Si plures in eodem cœnaculo habitent unde dejec-*

(1) *Voy.* le *Commentaire* de Duparc-Poullain sur la coutume de Bretagne, art. 656, n° 5, t. 3, p. 811.

(2) Brux., 7 août 1839 (*J. de Belg.*, 1840, p. 37).

tum est, in quemvis actio dabitur... Cum sane impossibile est scire quis dejecisset, vel effudisset.

Mais ces lois avertissent en même temps qu'elles ne comprennent point au nombre des habitants soumis à la responsabilité et à l'action en réparation ceux qui n'habitent la maison qu'en passant, les hôtes, etc. Le § 9 de la loi première porte : *Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur qui hospitium dederit : multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

Ce n'est pas que celui qui a souffert le dommage ne puisse agir contre l'étranger qui l'a causé, et qui logeait dans la maison : mais la présomption légale ne suffirait pas pour fonder l'action ; il faudrait prouver la faute personnelle du défendeur.

C'est ainsi que, quoique le maître du navire, *exercitor,* réponde aux passagers des effets volés dans le passage, le propriétaire peut néanmoins agir contre celui qui les a dérobés, en prouvant qu'il est l'auteur du vol. (L. 6, § 3, ff. *nautæ, caupones,* 4, 9.)

168. Appliqués aux cas d'incendie, ces principes raisonnables servent à résoudre une question importante qui peut se présenter. Une maison louée a été incendiée. Le propriétaire de la maison, connaissant l'insolvabilité du locataire, prétend agir contre un commensal riche, à qui ce dernier avait donné une chambre dans sa maison. L'action ne doit pas être reçue, s'il ne la fonde que sur la présomption de culpabilité établie contre les habitants d'une maison, *quia plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium :* il faut que le demandeur prouve que le défendeur est personnellement en faute, et que c'est cette faute personnelle qui a causé l'incendie ; car alors il doit en répondre, non pas en vertu d'une présomption, mais en vertu de l'art. 1382, qui oblige à réparer le dommage celui par la faute duquel il est arrivé (1).

169. Mais le propriétaire peut agir directement, en vertu de la présomption légale, contre le sous-fermier ou sous-locataire, quoique le locataire réponde des fautes de ce dernier en matière d'incendie, parce que le propriétaire peut exercer les actions de son locataire, devenu son créancier par l'événement de l'incendie, et que la présomption légale de culpabilité existe certainement en faveur du locataire contre le sous-locataire.

170. Pothier, qui enseigne que le chef de famille, seul habitant d'une maison, est responsable de l'incendie, et tenu à la réparation des dommages et intérêts, parce qu'il existe contre lui une présomption légale de culpabilité, pense néanmoins que si la maison était habitée par plusieurs locataires ou chefs de famille, et qu'on ignorât par où le feu a commencé, aucun d'eux ne répondrait de l'incendie, parce qu'étant incertain par la faute duquel l'incendie est arrivé, il ne peut exister contre aucun une présomption de culpabilité qui puisse servir de fondement à une action. Cette opinion répugne à la raison ; car si la présomption légale existe contre celui qui occupe seul une maison, elle doit exister contre chacun des autres qui l'habitent comme lui. Tout ce qu'on peut raisonnablement conclure de ce qu'on ignore par où le feu a commencé, c'est que la présomption existe contre tous, et que, par conséquent, le propriétaire peut agir pour ses dommages contre tous.

L'opinion de Pothier avait donc été proscrite par un arrêt du parlement de Paris, du 5 août 1777, rendu sur les conclusions de Séguier, qui conclut sagement que, dans l'incertitude de savoir qui des deux locataires de la maison incendiée avait commis la faute, ils devaient tous deux en supporter les dommages et intérêts (2). Cette jurisprudence a été consacrée par l'art. 1734 du Code qui porte :

« S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie ;

» A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ;

» Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux ; auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. »

171. Celui d'entre les locataires qui est présumé seul en faute, parce que les autres ont prouvé qu'ils n'y sont pas, est tenu des dommages et intérêts, non-seulement envers le propriétaire, mais encore envers les autres locataires qui ont souffert du dommage par l'incendie de leurs meubles arrivé par sa faute. C'est une conséquence directe des art. 1382 et 1383.

172. Mais les locataires d'une maison incendiée, ou les propriétaires qui l'habitaient, sont-ils tenus de réparer le dommage que l'incendie a causé aux maisons voisines où le feu s'est communiqué ?

On n'en peut douter, en partant du principe qu'établit notre art. 1383, qui oblige à réparer le dommage tous ceux par le fait, par la négligence ou par l'imprudence desquels il est arrivé. Or, s'il est constant que le feu s'est communiqué aux maisons voisines de ma maison, où il a commencé par une faute prouvée ou présumée dont je réponds, il est évident que l'incendie de ces maisons est une suite manifeste de ma faute, dont je dois également répondre : *Qui occasionem præstat, damnum*

(1) Liége, 17 avril 1834 (*J. de Belg.*, 1835, p. 194).

(2) *Voy.* le *Répert.*, v° *Incendie*, n° 10.

fecisse videtur. (L. 3, § 3, ff. *ad legem Aquiliam,* 6, 2.)

Les lois romaines n'ont donc point balancé à prononcer ouvertement la responsabilité du dommage souffert par les voisins, contre celui dont la négligence a occasionné l'incendie de leurs maisons, où le feu s'est communiqué de celle où il a commencé : *Fortuita incendia, si cum vitari possint, per negligentiam eorum apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur, ut qui jactura affectus est, damni disceptet, vel modice vindicaretur.* (L. 28, § 12, ff. *de pœnis,* 48.19.)

D'après ces textes, Voet pose en principe général que, lorsqu'un incendie a causé du dommage aux maisons, *proximioribus remotioribusque,* celui par la faute duquel il est arrivé en répond : *Neque enim dubium est,* ajoute-t-il, *quin de omni detrimento ex probata prima culpa profluente teneatur.*

Notre coutume de Bretagne contenait une disposition contraire qui portait : « Et quand » le feu ard la maison d'aucun, et la maison » d'un autre pérille (c'est-à-dire périt) par le » même feu, si lui ni ses adhérents ne l'y met- » tent, pour faire dommage à celui à qui elle » est ou autres, il n'est tenu en rendre aucune » chose. » (Art. 644).

Malgré cette disposition, le parlement de Bretagne jugeait la responsabilité envers les voisins, lorsqu'il y avait faute grossière de la part de celui chez lequel le feu avait commencé (1).

Quant à la jurisprudence des autres parlements, elle étendait cette responsabilité, non-seulement au cas de la preuve d'une faute légère, mais encore au cas de présomption de culpabilité établi contre ceux dans la maison desquels l'incendie a commencé, lorsqu'ils ne prouvent point qu'il est arrivé sans leur faute. Denisart (2), qui atteste sur ce point la jurisprudence du parlement de Paris, dit qu'on l'a ainsi jugé par différents arrêts rendus contre la dame Henri, propriétaire d'une maison en laquelle elle demeurait sur le Pont-au-Change, et qui fut incendiée par sa faute, ce qui causa des pertes notables aux voisins.

Il ajoute que Bardet cite d'anciens arrêts contraires, mais que la nouvelle jurisprudence est sur cela absolument contraire à l'ancienne, et il rapporte un arrêt, rendu le 18 août 1735, au rapport de Titon, par lequel la cour confirma plusieurs sentences qui condamnaient un sieur Varras aux dommages et intérêts de ses voisins, incendiés par les communications du feu, commencé dans l'endroit habité par son jardinier. Il cite encore d'autres arrêts, et un, notamment, du 22 août 1743, qui confirma une sentence par laquelle Louis, notaire et procureur, était condamné aux dommages et intérêts de ses voisins incendiés comme lui, par la seule raison qu'il était prouvé que l'incendie avait eu son origine dans sa maison.

Cet arrêt, dit Denisart, est fondé sur ce que le cas fortuit ne se présume pas en fait d'incendie, s'il n'est pas prouvé. La présomption de droit est que le feu qui a pris dans une maison a été causé par la faute ou par la négligence de celui qui l'habite ou de ses domestiques, dont il est responsable.

La jurisprudence du parlement de Rouen était conforme à celle du parlement de Paris. Basnage, sur l'article 453 de la coutume de Normandie, tome 2, p. 291 et 292, en cite trois arrêts.

Henrys, qui professait une doctrine contraire, tome 2, liv. 4, quest. 163, avait obtenu une sentence favorable à son opinion ; mais cette sentence fut réformée par l'arrêt du parlement de Paris, le 28 août 1654, rapporté par l'auteur ; et son savant annotateur Bretonnier atteste, sur la quest. 87, que *cela se juge ainsi.*

Il serait long et inutile de citer tous les auteurs qui ont traité cette question pour ou contre, tous les arrêts qui l'ont décidée quelquefois en sens contraire : elle n'est plus douteuse sous l'empire du Code ; mais nous croyons devoir citer ici un auteur dont l'opinion est toujours d'un grand poids : Merlin enseigne aussi, au mot *Incendie, Répertoire de jurisprudence,* § 2, p. 52, 4e édit., que celui chez lequel l'incendie a commencé répond du dommage causé aux maisons voisines incendiées par la communication du feu.

Cependant le même auteur, *ibid.,* no 9, p. 65, dit que, quand il s'agit d'une action dirigée par des voisins ou d'autres personnes, envers qui le principal habitant ou locataire de la maison où a commencé l'incendie n'est engagé par aucun contrat ou quasi-contrat, il ne paraît pas, suivant plusieurs auteurs qu'il cite, que l'on doive juger de même ; qu'il est bien vrai que le feu est toujours présumé venir de la faute des habitants de la maison, mais que, dans le doute, on doit croire que cette faute est du nombre de celles qui ne consistent qu'en pures omissions ou négligences, et que l'on appelle *in non faciendo.* Or, ajoute-t-il, nous avons vu que ces sortes de fautes ne donnent ouverture à aucune action de la part des voisins et autres, envers lesquels celui par la maison de qui le feu a commencé n'est point obligé par contrat ou quasi-contrat : *Hæc culpa,* dit un auteur, *non potest trahi ultra desidiam et simplicem negligentiam, id est in omittendo, quæ non venit in actione legis Aquiliæ.*

(1) *Voy.* un arrêt du 22 juillet 1761, rapporté dans le t. 3 du *Journal du parlement* de Bretagne.

(2) Vo *Incendie,* nos 3 et suiv.

Nous avons, *supra*, n° 159, examiné cette doctrine des fautes *in non faciendo, vel omittendo, et in faciendo*, et nous croyons avoir prouvé qu'elle ne doit pas être reçue sous l'empire du Code, qui rend chacun responsable des dommages causés, même par sa *négligence*. L'auteur avoue même que cette doctrine n'était pas suivie sous l'ancienne jurisprudence. « Nous ne dissimulerons pas, dit-il, que quelques arrêts paraissent absolument avoir assimilé ce cas à celui dans lequel le défendeur en dommages-intérêts est obligé, par contrat ou quasi-contrat, envers le demandeur. Tel est particulièrement celui du 22 août 1743, que nous avons rapporté plus haut. » — « Cet arrêt, dit Denisart, est » fondé sur ce que le cas fortuit ne se présume » pas en fait d'incendie, s'il n'est pas prouvé. » La présomption de droit est que le feu qui a » pris dans une maison a été causé par la faute » ou par la négligence de celui qui l'habite ou » de ses domestiques, dont il est responsable » dans ce cas. » Sans doute, reprend Merlin, que l'on n'aura pas réfléchi, lors de cet arrêt, à la différence des fautes qui donnent lieu à l'action de la loi *Aquilia*, d'avec celles qui peuvent fonder une action de contrat ou de quasi-contrat ; mais cette différence, pour n'avoir pas été sentie dans une occasion, n'en est pas moins réelle ni digne d'attention.

Ce passage était écrit avant la promulgation du nouveau Code; mais l'auteur n'y a rien changé depuis. Il est cependant bien certain qu'il ne peut être question aujourd'hui des actions qui viennent de la loi *Aquilia*. Les voisins ne peuvent agir contre celui dans la maison de qui l'incendie a commencé, qu'en vertu des art. 1382 et 1383 du Code. Or ces articles, loin de distinguer les fautes *in omittendo* des fautes *in faciendo*, rendent chacun indéfiniment responsable, non-seulement de son fait, *in faciendo*, mais encore de sa négligence, *in omittendo*.

173. Cependant il existe encore une différence remarquable, relativement aux personnes dont on doit répondre en cas d'incendie, entre l'action qui n'a pour fondement que les articles cités, et celle qui est de plus fondée sur un contrat.

Nous avons vu *supra*, n° 166, que le locataire principal répond, envers le propriétaire de la maison, des fautes de ses sous-locataires, en matière d'incendie, parce qu'en affermant la maison il contracte l'obligation personnelle de la conserver et de répondre de l'incendie : c'est une assurance qui ne cesse que dans les quatre cas exceptés par l'art. 1733.

Mais le locataire, n'ayant contracté aucune obligation envers les voisins, ne peut être tenu envers eux que de ses fautes personnelles et de celles des personnes de sa famille dont il répond. Les voisins, dont les maisons sont incendiées par la communication du feu, n'ont donc point d'action contre le locataire principal, qui a sous-loué en tout ou en partie; ils n'en ont point également contre le propriétaire qui a loué sa maison aussi en tout ou en partie, mais seulement contre les locataires ou sous-locataires chez qui le feu a commencé.

174. Dans l'ancienne jurisprudence, quand les personnes incendiées par la faute d'un voisin, qui l'a été lui-même, étaient indemnisées de leurs pertes par la décharge des tailles et de la capitation, qui s'accordait ordinairement en pareil cas, ou par les secours que les personnes charitables donnent aux incendiés, on leur refusait un recours contre les propriétaires des bâtiments où l'incendie avait commencé. Denisart, v° *Incendie*, n° 10, rapporte un arrêt du 1er août 1744, qui préjuge clairement cette question. Cette décision est évidemment conforme à la justice, qui ne permet pas à l'incendié de se procurer une double indemnité de ses pertes, aux dépens d'un malheureux déjà très à plaindre par les pertes qu'il a lui-même souffertes.

175. La même décision doit s'appliquer au cas où la maison incendiée étant assurée, le propriétaire a été entièrement indemnisé de ses pertes par la compagnie royale d'assurance, autorisée par l'ordonnance du 11 février 1820.

Mais alors cette compagnie peut, à ses risques, comme subrogée aux droits de l'assuré, exercer les actions de celui-ci contre ceux chez qui le feu a commencé, ou contre le locateur de la maison assurée. On en peut d'autant moins douter que, par un article final, ajouté à la police d'assurance imprimée, la compagnie se fait ordinairement subroger à tous les droits et actions de l'assuré.

176. Si l'incendie de la maison assurée était arrivé par la faute des propriétaires assurés, les assureurs ne seraient pas tenus des dommages causés par le feu : c'est la règle générale en matière d'assurance. L'ordonnance de la marine, titre *des Assurances*, art. 27, décide que les assureurs ne sont pas tenus « des pertes et des » dommages qui arrivent par la faute de l'as- » suré. »

Notre Code de commerce contient une disposition semblable dans l'art. 352, qui porte : « Les » déchets, diminutions et pertes qui arrivent » par le vice propre de la chose, et les domma- » ges causés par le fait et la faute des proprié- » taires, ne sont point à la charge des assu- » reurs. »

Il est vrai que ces textes ne parlent que des assurances maritimes ; mais les motifs de le décider ainsi sont absolument les mêmes dans les assurances de terre : c'est même une règle générale de ces sortes de contrats, à laquelle il n'est pas permis de déroger par un pacte contraire. En effet, « il est évident, dit Pothier, n° 65, que » je ne puis valablement convenir avec quel-

» qu'un qu'il se chargera des fautes que je com-
» mettrai. »

Émérigon (1) pense même, d'après Casaregis et Straccha, qu'il n'est pas besoin, pour que les assureurs soient recevables à opposer la faute de l'assuré, qu'elle ait directement et nécessairement donné lieu au sinistre; il suffit qu'il soit possible qu'elle l'ait occasionné : *Advertendum est non esse necessarium quod culpa sit præcise ordinata ad casum; sed sufficere quod secundum possibilitatem actus, dicatur ordinata; nempe quod possibile sit ex causa illa effectum sequi*, dit Casaregis.

Mais ici des présomptions ne sont pas des preuves suffisantes. C'est aux assureurs de prouver que l'assuré est en faute. Il suffit à l'assuré de prouver le sinistre; et si les assureurs soutiennent qu'il est arrivé par sa faute, c'est aux assureurs de le prouver : c'est un principe très-ancien en matière d'assurance maritime. *Le Guidon de la mer*, chapitre 8, art. 7, dit que « la charge des preuves tombe sur l'assureur,
» lequel n'est recevable en ses exceptions sans
» les preuves. »

L'art. 61 du titre *des Assurances*, de l'ordonnance de la marine, liv. 3, tit. 6, dit aussi que « l'assureur sera reçu à faire preuve contraire
» aux attestations. » C'est, en effet, un principe de droit commun, applicable à tous les assureurs; et ce qui prouve notamment que la compagnie royale d'assurance contre les incendies entend se réserver la faculté de faire cette preuve, c'est que l'art. 9 de la police imprimée oblige l'assuré de déclarer l'incendie immédiatement et par écrit à la compagnie; déclaration qui doit faire connaître *les causes et les circonstances* de l'incendie, et qui doit être certifiée par l'assuré ou son fondé de pouvoir.

L'exigence de cette déclaration circonstanciée ne peut avoir d'autre but que de faciliter la preuve des faits contraires.

177. Autre question importante en matière d'assurance contre les incendies : Sans doute, l'assuré est responsable envers les assureurs de ses fautes personnelles, mais en est-il de même si l'incendie est arrivé par la faute ou l'imprudence de l'un de ses enfants, de ses domestiques ou commensaux?

L'ordonnance de la marine, art. 28, décharge les assureurs des pertes et dommages arrivés par la faute des maîtres et des mariniers, parce qu'elle les regarde comme les préposés de l'assuré. Les assureurs ne sont tenus de ces pertes que dans les cas où, par la police, ils se sont chargés de la *baraterie de patron*, « termes
» énergiques, dit Valin sur cet article, qui
» comprennent absolument tout le dommage
» qui peut résulter du fait du maître et des
» gens de son équipage, soit par impéritie,
» imprudence, malice, larcin ou autrement. »

En appliquant ces principes aux assurances contre les incendies, il semble qu'on doit dire que les assureurs ne répondent point des incendies arrivés par la faute des domestiques et autres commensaux de l'assuré, dont il est responsable dans les cas ordinaires, à moins que les assureurs ne se soient chargés de ces événements par la police. Ainsi, dans tous les cas où l'incendie aura commencé dans la maison de l'assuré, ou que la cause en sera douteuse ou incertaine, il sera toujours exposé à soutenir un procès contre la compagnie d'assurance, qui, sur le simple ouï-dire de la moindre imprudence des gens de la maison, demandera à prouver que l'incendie est arrivé par leur faute.

Nous croyons donc que la prudence exige qu'un sage père de famille ne fasse point assurer sa maison, à moins que la compagnie ne consente à insérer dans la police une clause par laquelle elle se chargera, non-seulement des incendies arrivés par cas fortuit, mais encore par la faute de quelque personne que ce soit, à l'exception des fautes personnelles de l'assuré.

Sans une clause pareille, les assurances ne servent guère qu'à enrichir, aux dépens des assurés, les assureurs, qui ne répondent que des événements rares d'un cas fortuit, et des incendies communiqués par les maisons voisines; encore exceptent-ils des cas fortuits les émeutes populaires, la force militaire quelconque, et les tremblements de terre.

L'indemnité qui est due au propriétaire dont la maison a été incendiée par un locataire, aux voisins dont les maisons ont été incendiées par la communication du feu, consiste dans la vraie valeur, à dire d'experts, des maisons incendiées. Ils ne peuvent, comme l'observe Basnage, exiger qu'on leur en bâtisse de neuves, au lieu de vieilles qui ont brûlé.

178. Des sentiments de compassion et d'humanité pour un malheureux déjà très à plaindre par les pertes qu'il a souffertes portaient ordinairement les juges, sous l'ancienne jurisprudence, à modérer les dommages-intérêts dus aux voisins chez qui le feu s'était communiqué, lorsque d'ailleurs il n'y a ni dol ni faute lourde de la part de celui chez qui le feu a commencé. Denisart, nº 9, nous en donne un exemple, dans l'arrêt du 22 août 1743, qui modéra à 1,500 liv. les 3,000 liv. de dommages et intérêts adjugés contre le sieur Louis, par une sentence du bailliage de Saint-Dizier, qui avait elle-même considérablement réduit l'estimation de ces dommages, fixés par les experts.

Il est certain qu'il est dans l'esprit du Code que les dommages et intérêts soient moins forts, lorsqu'il n'y a eu, de la part de celui qui les doit, ni dol, ni faute lourde. *Voy.* ce que nous avons dit, tome 3 (VI, éd. fr.), nºˢ 284-291. Et si le demandeur en dommages et intérêts les avait lui-même détaillés dans le cours du procès, et

(1) *Traité des assurances*, t. 1, p. 365.

arbitrés à une somme fixe, les juges pourraient sans doute la réduire.

Mais s'il avait demandé à les faire fixer par des experts, et que les experts nommés eussent rapporté un procès-verbal d'estimation, il est au moins fort douteux qu'aujourd'hui les juges, qui n'ont point la même étendue de pouvoirs qu'autrefois, pussent arbitrairement réduire cette estimation. Il est vrai que, suivant l'article 323 du Code de procédure, « les juges ne » sont point astreints à suivre l'avis des experts, » *si leur conviction s'y oppose.* »

Mais il est évident que cet article n'est applicable qu'aux cas où les juges peuvent avoir une conviction personnelle contraire à l'avis des experts, comme dans le cas de l'arrêt de la cour de cassation, du 22 mars 1813, où des experts étaient chargés de vérifier, sur les pièces et les écritures, le déficit du gérant d'une société de commerce. Ils fixèrent le déficit à 13,578 fr., en déclarant qu'ils n'avaient pu tout vérifier, attendu le désordre des écritures. En ce cas, les juges pouvaient, tout aussi bien que les experts, avoir, sur le déficit, une conviction personnelle. Ils l'arbitrèrent donc à 15,000 fr., d'après les renseignements résultant du rapport des experts, l'examen des livres de commerce, et les redressements de quelques sommes.

Par exemple encore, l'avis des experts nommés pour vérifier des écritures ne lie point les juges qui, ayant les écritures à vérifier sous les yeux, peuvent avoir une conviction personnelle de l'identité ou de la différence.

Mais lorsque les experts sont nommés pour estimer des biens, afin de parvenir à une rescision pour lésion, ils ne peuvent s'écarter arbitrairement de l'avis des experts, parce qu'ils ne peuvent avoir de conviction sur la vraie valeur de ces biens, qu'ils n'ont ni vus, ni visités. Ainsi la cour de cassation l'a décidé avec beaucoup de raison, par un arrêt du 7 mars 1808. La régie de l'enregistrement avait fait nommer des experts pour estimer un bien, afin de percevoir un supplément de droit sur une vente qu'elle croyait faite pour un prix supérieur à celui que portait le contrat. La cour de cassation décida que les juges étaient liés par l'avis des experts.

Il en doit être de même lorsqu'il s'agit d'estimer la valeur d'une maison incendiée. Les juges, qui ordinairement ne l'ont pas même vue, ne peuvent avoir aucune conviction personnelle de cette valeur.

D'ailleurs, ils ne sont point établis pour juger de la valeur des objets contentieux, mais du droit des parties. Ils ne peuvent donc, si l'estimation des experts leur paraissait ou trop forte ou trop faible, faire autre chose que de nommer d'autres experts, comme l'article 322 du Code de procédure les y autorise.

La cour de cassation a même décidé que les tribunaux ne peuvent, suivant l'article 323, s'écarter de l'avis de la majorité des experts, qu'en déclarant formellement qu'ils ne se décident que par leur propre conviction, faute de laquelle déclaration l'arrêt est soumis à la cassation (1). Or, quand des experts ont estimé la valeur d'une maison incendiée pour fixer les dommages et intérêts dus à raison de l'incendie, les juges ne peuvent affirmer que, d'après leur propre conviction, l'estimation est trop forte, et la réduire en conséquence. D'un autre côté, ils ne peuvent, sans injustice, décider que les dommages et intérêts doivent être inférieurs aux pertes souffertes par celui à qui ils sont dus ; ce serait contrevenir à la disposition de l'art. 1149 et donner ouverture à la cassation.

179. Si l'on s'abandonnait aux premières impressions qu'un sentiment de compassion excite en nous, en voyant la sévérité des lois et des principes sur la responsabilité des fautes, on serait tenté d'accuser de dureté la loi qui punit si rigoureusement des fautes, des imprudences auxquelles le cœur, resté innocent, n'a eu aucune part. L'homme, si faible par sa nature, si près des fautes et du malheur, doit-il être traité sans pitié par la loi ? Quelle est donc cette trompeuse protection que lui promet l'ordre social, si toute la force publique s'arme pour lui faire expier des fautes involontaires, pour le soumettre même sans preuves, sur de simples présomptions légales, à des condamnations qui peuvent causer la ruine entière de sa fortune, et le réduire à traîner dans la misère les restes de sa pénible existence ?

Mais il ne faut pas considérer seulement le sort de celui que la loi punit pour une faute, pour une imprudence. Tournez le tableau, et considérez l'infortune à laquelle peuvent se trouver réduites les innocentes victimes de cette faute, de cette imprudence, en apparence si légère et si excusable, quand on ne considère que la personne condamnée à en réparer les suites. Quel serait le sort des hommes, dans l'état de société, s'ils restaient sans garantie contre tous les maux que peuvent leur causer les fautes ou les imprudences de leurs semblables ? Combien l'impunité ne les multiplierait-elle pas ! Combien de délits réels se couvriraient du voile de l'imprudence pour échapper à la responsabilité, tandis qu'une juste sévérité peut les prévenir par de salutaires menaces, par d'utiles exemples ! Il est dans la nature de l'homme d'éviter les fautes sur la suite desquelles il est averti, et il n'est jamais mieux averti que par la pensée d'un danger pour lui-même, et d'une peine qui le menace.

La loi ne pouvait balancer entre l'auteur d'une faute ou d'une négligence préjudiciable à autrui, et la personne qui souffre de cette négligence. Partout où elle voit une perte pour un citoyen, elle en cherche l'auteur ; elle exa-

(1) *Voy.* l'arrêt du 7 août 1813.

mine s'il lui a été possible de ne pas causer cette perte, et dès qu'elle trouve en lui de l'inattention, de la légèreté, de l'imprudence, elle le condamne à la réparation du mal qu'il a fait.

Mais elle n'exige d'autre satisfaction que le dédommagement de celui qui souffre. Si la faute qui pouvait causer du dommage n'en a point causé, la loi ne lui inflige aucune peine, à moins qu'une défense de commettre l'action n'eût été portée sous une peine déterminée : car alors la peine dérive d'une désobéissance, d'une contravention à la loi.

En ordonnant la réparation d'un dommage, la loi, pour mieux l'assurer, ne s'arrête pas toujours à la personne qui est l'auteur du dommage. Cette personne peut n'avoir pas de fortune particulière, ou n'en avoir qu'une insuffisante pour le dédommagement. Dans ces cas, la loi permet de recourir à ceux de qui cette personne dépend. Elle rend ceux-ci garants des suites de l'action, lorsqu'ils pouvaient l'empêcher par une plus grande surveillance sur la conduite de la personne placée sous leur dépendance ou leur autorité, par une plus grande attention sur le choix des personnes dont ils se servent (1).

Ainsi, pour rendre un homme responsable d'un dommage, il faut qu'il y ait eu de sa part faute, imprudence ou négligence personnelle, ou qu'il lui ait été possible de prévenir le fait qui a causé le dommage, par plus de vigilance, plus de surveillance sur les personnes qui dépendent de lui, plus d'attention sur le choix de celles dont il se sert. C'est alors qu'on peut qualifier de *quasi-délit* le fait qui a causé le dommage. Nous en parlerons *infra*, nº 230.

Mais celui qui ne nuit à autrui que par l'ascendant inévitable d'une force majeure ou d'un cas fortuit est dégagé de toute responsabilité, de toute réparation, de même que celui qui causerait du dommage en usant de son droit, sans en excéder la juste mesure.

Tels sont les principes de la matière.

180. A l'occasion de l'indemnité des pertes causées par un incendie, les auteurs ici traitent une question qu'il ne faut pas passer sous silence ; c'est de savoir si, quand une maison a été abattue pour empêcher la communication du feu aux édifices voisins, le propriétaire de cette maison doit être indemnisé par voie de contribution sur les propriétaires des édifices préservés, comme le propriétaire des effets jetés à la mer pour sauver le navire et le reste du chargement, en cas de tempête ou d'agression ennemie, doit être indemnisé des pertes du jet, par voie de contribution sur les propriétaires du navire et des effets sauvés.

Plusieurs auteurs soutiennent l'affirmative, en argumentant de la loi *Rhodia*, adoptée par l'ordonnance de la marine de 1681, et par notre Code de commerce de 1807, art. 410 et suiv.

Notre coutume de Bretagne avait adopté l'opinion de ces auteurs dans l'art. 645 qui porte :

« Quand le feu est ébrandi en plusieurs mai-
» sons, on peut abattre les maisons prochaines
» pour apaiser, éteindre le feu, et afin que les
» autres soient sauvées ; et tous ceux de qui on
» peut apercevoir que les maisons ont été sau-
» vées sont tenus à dédommager ceux à qui les
» maisons ont été abattues, chacun à la discré-
» tion de justice »

Mais cette coutume est abrogée. Sa disposition n'a été renouvelée par aucune de nos lois nouvelles, et l'on ne peut, par analogie, étendre les dispositions de la loi *Rhodia* et du Code de commerce, du cas spécial dont ils parlent, au cas de maisons abattues pour empêcher la communication du feu ; car il n'y a point identité de raison d'un cas à l'autre, comme l'enseigne fort bien Voet, ff. *ad leg. Rhod. de jact.*, 14, 2, nº 18, où, après avoir exposé l'opinion de ceux qui admettent la contribution en cas d'incendie, il ajoute : *Sed uti lege destituitur, ita æquitate non sustinetur hæc opinio, cum non eadem incendii quæ jactus ratio sit. Contributionem fieri ob jactum ab omnibus æquum erat, quia jactu non facto periculum imminebat æquale rebus omnibus navi vectis, tam salvis quam jactis. At non ita ex orto incendio æqualis ad omnem vicinium spectat damni metus ; sed ad proximos maximus, minor ad remotiores.*

Nous pensons donc que le jugement qui étendrait à ce cas la contribution établie pour le cas du jet contiendrait un excès de pouvoir qui le soumettrait à la censure (2).

181. Mais celui chez qui l'incendie a commencé par sa faute, prouvée ou présumée, est-il tenu d'indemniser celui dont la maison a été abattue pour empêcher la communication du feu ? Il ne paraît pas qu'on en puisse douter, d'après ce que nous avons dit, nº 172 ; car cet abatis est une suite de sa faute, et d'ailleurs, si le feu s'était communiqué aux maisons préservées, il aurait été tenu d'en réparer le dommage, aussi bien que celui de la maison abattue.

Il faut cependant distinguer : si la maison a été abattue par ordre de l'autorité compétente, qui a jugé l'abatis nécessaire, l'indemnité est due dans tous les cas par celui chez qui le feu a commencé.

---

(1) Sur tout cela, *voy.* Garat, *Répert. de jurisprudence*, vº *Quasi-délit*.

(2) Proudhon, *de l'Usufruit*, nº 1544, en se fondant sur l'équité et en comparant ce cas à celui de jet à la mer, et Persil, *Traité des assurances*, pensent que les propriétaires des maisons démolies ont un recours non-seulement contre les auteurs de l'incendie, mais contre les propriétaires des maisons préservées. Cette opinion est fortement contestée par Greën et Joliat, nº 304, et par Dalloz, vº *Incendie*, nº 65.

Mais si elle avait été abattue d'autorité privée, par des voisins effrayés, pour prévenir le danger dont leurs maisons étaient menacées, il faut encore distinguer si le feu, après l'abatis, est parvenu jusqu'à la maison abattue, ou s'il s'est éteint auparavant. Au premier cas, l'indemnité est due par celui chez qui le feu a commencé; au second cas, elle n'est pas due, parce que la maison abattue n'aurait pas été brûlée si elle était restée sur pied. Dans ce dernier cas, le propriétaire de cette maison n'a d'action que contre ceux qui l'ont fait abattre de leur autorité privée.

Cette distinction raisonnable est établie par la loi 7, § 4, ff. *quod vi aut clam*, 43, 24 (1).

182. Nous n'essayerons point d'indiquer ici tous les cas auxquels peuvent et doivent s'appliquer les dispositions des art. 1382 et 1383, qui obligent à réparer le dommage fait à autrui par une faute, ou même par une simple négligence. Les exemples que nous avons donnés peuvent suffire pour montrer la manière dont on doit suivre les conséquences de ce principe général, ou plutôt de cette loi.

Nous remarquerons seulement ici que c'est sur ce principe sacré que repose la responsabilité de tous les fonctionnaires publics, même les plus éminents, qui sont rigoureusement obligés de réparer les dommages que, par leurs fautes, leurs négligences ou leurs injustices, dans l'exercice de leurs fonctions, ils causent aux particuliers, quoique, dans l'ordre administratif, on ait subordonné l'exercice du droit des personnes lésées à des conditions, à des formalités, qui rendent presque toujours illusoire la responsabilité des fonctionnaires en crédit, au moyen de la disposition tyrannique insérée, par le plus habile et le plus absolu des despotes, dans l'art. 75 de la fameuse constitution du 22 frimaire an VIII, suivant laquelle « *les agents du gouvernement* ne peuvent être » poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonc» tions, qu'en vertu d'une décision du conseil » d'État; » disposition qui, quoique abrogée de droit par la charte avec la constitution où elle est insérée, a été conservée de fait, comme favorable au pouvoir absolu (2).

183. Mais remarquez que cette disposition ne s'applique qu'aux *agents* du gouvernement qui sont non-seulement nommés par lui, mais de plus amovibles, et par conséquent, tellement sous sa dépendance, qu'ils ne peuvent avoir, dans l'exercice de leurs fonctions, d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents supérieurs; en sorte qu'il serait à craindre qu'en exécutant les ordres du gouvernement ils ne se trouvassent exposés à des poursuites pour avoir fait exécuter des ordres injustes et tyranniques. Ce sont ces fonctionnaires que le pouvoir couvre de son égide, au moyen de la garantie que l'art. 75 donne à ceux qu'il qualifie d'*agents du gouvernement*.

Mais cette garantie, donnée dans l'intérêt du gouvernement, n'a point été étendue aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire, qui ne sont point ses *agents*. Le pouvoir judiciaire est essentiellement indépendant du pouvoir exécutif; sans cela point de liberté. Si le roi nomme les juges, ils ne sont point ses *agents*, mais ses délégués légaux; ils sont indépendants, parce qu'ils sont inamovibles; ils n'ont aucun ordre à recevoir du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. Ils se rendraient coupables en y obéissant. La loi seule est leur règle. S'ils s'en écartent, s'ils commettent des injustices, la faute n'en peut refluer vers le gouvernement, qui, ne leur en ayant point donné l'ordre, ne leur doit aucune garantie : eux seuls doivent en répondre.

Les officiers du ministère public peuvent, ainsi que les juges, être pris à partie sans l'autorisation préalable du conseil d'État. Il n'y a plus aucun doute sur ce point (3).

Cependant, on avait obséquieusement prétendu que ces officiers, réunissant à leur qualité de magistrats celle d'agents du gouvernement, il ne pouvait être exercé contre eux aucunes poursuites à raison de leurs fonctions, sans autorisation préalable du conseil d'État, et la cour de cassation elle-même l'avait ainsi pensé dans un arrêt du 25 frimaire an XIV. *Voy.* le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Prise à partie*, § 3, n° 1.

Mais cette jurisprudence a été implicitement abrogée par les art. 483 et 486 du Code de procédure criminelle de 1808, en ce qu'ils établissent le même mode de poursuite contre les officiers du ministère public que contre les juges. Ainsi l'a décidé le conseil d'État, le

---

(1) En voici les termes :

« Est alia exceptio, de qua Celsus dubitat an sit objicienda : Ut puta si, incendii arcendi causa, vicini ædes intercidi, et quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria. Gallus enim dubitat an excipi oporteret, quod incendii defendendi causa factum non sit. Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandum esse; privato, non esse idem concedendum. Si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem æstimandam : si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, æque perituris ædibus. »

La loi 49, § 1, ff. *ad leg. Aquil.*, paraît contraire à la précédente; mais la contrariété n'est qu'apparente, comme l'a fort bien prouvé Merlin, *Répert.*, v° *Incendie*, § 2, n° 11.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit, t. I, n° 223, et la note de l'édition belge.

(3) *Voy.* le *Répert.*, v° *Garantie des fonctionnaires publics*.

17 mars 1812; décision approuvée le 24 du même mois par le chef du gouvernement. Elle fut donnée à l'occasion d'une dénonciation en forme de plainte, par laquelle un sieur Berjon sollicitait l'autorisation du conseil d'État pour poursuivre devant les tribunaux le sieur Person, procureur impérial près le tribunal civil de Tours, comme prévenu de s'être rendu coupable, dans l'exercice de ses fonctions, de faux, d'abus de pouvoir et de violation de domicile, envers un sieur Bouglé et sa domestique.

Le procureur général près la cour d'Orléans avait écrit au grand juge, ministre de la justice, une lettre par laquelle il semblait démontrer l'invraisemblance des délits imputés au sieur Person, et rendait des témoignages honorables de sa conduite publique et privée.

Malgré cette lettre apologétique, le conseil d'État, « considérant que l'intervention du conseil d'État n'est pas nécessaire pour poursuivre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, prévenus de délit dans et hors l'exercice de leurs fonctions, et que le mode de poursuite à exercer contre ces sortes de fonctionnaires a été réglé par les art. 477 et suiv. du Code d'instruction criminelle ; »

Donna la décision suivante :

« La plainte est renvoyée au procureur général de la cour impériale d'Orléans, pour y être fait droit, conformément aux art. 479 et suiv. du Code d'instruction criminelle. »

184. Le mal jugé par impéritie (1) du juge est le premier exemple de quasi-délit donné par le droit romain (2).

On sait qu'en France, dans ces siècles de ténèbres ou d'ignorance où le combat judiciaire était regardé comme un moyen de découvrir la vérité, le plaideur mécontent du jugement rendu contre lui pouvait provoquer ses juges et les contraindre à combattre en champ clos, pour défendre leur jugement (3). L'appel, tel qu'il est établi par les lois romaines, par les lois canoniques, et tel qu'il est aujourd'hui, c'est-à-dire la dévolution de la cause à un tribunal supérieur pour faire réformer le jugement de l'inférieur, était inconnu en France.

Cet usage barbare fut aboli par l'introduction des appels réguliers portés à la cour supérieure; mais il s'introduisit un autre mode de procéder, suivant lequel ce fut toujours contre le seigneur, son bailli et ses juges, qu'il fallait se porter appelant, et non contre celui qui avait obtenu gain de cause en première instance. Ils étaient obligés de venir soutenir le jugement appelé devant le tribunal supérieur, et ce *à leurs dépens et périls*, dit Boutciller (4).

185. Ainsi, les juges étaient parties principales dans l'instance d'appel. C'étaient eux que l'appelant devait ajourner. Il se bornait à *intimer* la partie qui avait gagné son procès, c'est-à-dire, à lui dénoncer l'ajournement donné aux juges; et c'est de là qu'encore aujourd'hui on appelle *intimé* celui qui est défendeur en cause d'appel.

Si le jugement avait été rendu par un juge royal, on n'ajournait que le juge qui l'avait rendu, parce que, dit encore Bouteiller, c'est celui qui juge ordinairement, et l'on intimait la partie; mais dans les justices seigneuriales, quoique ce fût le bailli ou les juges du seigneur qui eussent rendu le jugement, il fallait néanmoins l'appeler en personne, parce que le jugement était rendu en son nom, et qu'il était le juge ordinaire; ses juges n'étaient que des délégués.

En pays de droit écrit, où l'on suivait le droit romain, c'était la partie qui avait obtenu gain de cause qu'il fallait ajourner; on *intimait* seulement le juge, qui n'en était pas moins obligé de comparaître et d'assister devant le tribunal supérieur, pour soutenir son jugement.

186. Rien n'était plus onéreux pour les juges, obligés d'aller quelquefois fort loin et à grands frais répondre à un appel souvent fondé sur des moyens frivoles. Ils s'en plaignirent amèrement au roi Charles VI, qui par ses lettres, données à Paris le 29 juillet 1388 (5), après avoir rapporté avec de grands détails les abus que produisaient les appels interjetés en la cour du parlement des sentences et jugements rendus en pays de droit écrit, ordonna, pour remédier à ces abus, que les appelants seraient tenus, avant d'obtenir la permission d'ajourner les juges, de produire leurs moyens d'appel, et de déduire leurs griefs.

(1) La réparation des torts causés par impéritie s'applique aux avoués, huissiers, aux notaires, greffiers, aux artisans de différentes professions ou métiers. L'article 264 de la coutume de Bretagne en donne un exemple à l'égard des arpenteurs, des priseurs, qui répondent des fautes faites dans leur travail. Les architectes répondent même des vices du plan qu'ils ont donné pour une construction, quoiqu'ils n'aient pas été chargés de l'exécution. *Voy.* un arrêt rendu par la cour de cassation, le 20 novembre 1817.

Un arrêt de la cour de Limoges, du 16 mai 1821, rapporté dans le premier volume des arrêts de cette cour, p. 549, a jugé qu'un notaire était responsable de l'imprudence qu'il avait commise, en remettant de bonne foi à l'une des parties, avant la signature, des pièces qui ne devaient lui être remises qu'après la perfection de l'acte, resté imparfait par le changement de volonté de l'une des parties, ce qui est conforme à l'art. 1383.

(2) *Voy.* les *Institutes* de Justinien, lib. 4, tit. 5, *de obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur*, § 1

Vide Dissertationem Thomasii, *de usu practico actionis adversus judicem imperite judicantem. Dissert.*, t. 3, p. 877.

(3) *Voy.* l'*Esprit des lois*, liv. 28, chap. 27-33, et les autorités qu'il cite; la collection de jurisprudence de Camus et Bayard, v° *Appel*, n° 2

(4) *Voy.* la *Somme rurale*, liv. 1, tit. 3, p. 14 et suiv., édition de 1621, à Paris, chez Buon. *Voy.* Rolland, v° *Responsabilité*, n° 36; Dalloz, *cod.*, n° 40.

(5) *Voy.* les *Ordonnances du Louvre*, t. 12, p. 159.

Ce remède était insuffisant, et n'attaquait point le mal dans sa racine. On reconnut enfin que l'usage d'ajourner les juges dans toutes les causes d'appel était nuisible à la société elle-même, puisqu'il les détournait sans cesse de leurs fonctions. Il s'abolit donc. On trouva qu'il était mieux que l'appel ne fût dirigé que contre la partie qui a réussi en première instance, parce que, en effet, c'est elle seule qui a intérêt de soutenir le jugement. C'est de là qu'est venue la maxime que *le fait du juge est celui de la partie.*

Cependant, l'usage d'ajourner les juges et de les faire comparaître et assister dans toutes les causes d'appel se maintint pendant longtemps, et eut peine à s'abolir en certaines provinces, puisqu'on trouve encore une déclaration du 10 février 1605, enregistrée au conseil souverain de Tournay, le 1er mars suivant, qui porte qu'à compter de ce jour, 1er mars, les juges subalternes royaux et autres, ressortissant à ce conseil, ne pourront plus être assignés pour constituer procureur, à l'effet de soutenir le bien jugé de leurs sentences, ni être condamnés à l'amende du *fol jugé* (1).

Tandis que les juges furent obligés de comparaître aux causes d'appel en personne ou par procureurs, l'appelant pouvait sans doute leur demander la réparation des dommages qu'ils pouvaient lui avoir causés par prévarication ou mal jugé; car le principe de la responsabilité des juges était reçu en France et consacré par les lettres du même roi Charles VI, dont l'art. 2 porte que « si les juges mesprennent ou aucunement délinquent dans l'administration qui leur est confiée, ils seront tenus d'en répondre comme il appartiendra de raison; » et, pour mieux assurer cette responsabilité, l'art. 18 veut que « lesdits juges étant destitués ou déchargés de leurs offices, ils ne puissent quitter leurs bailliages, ni transporter ailleurs leurs biens, durant quarante jours, pour répondre aux plaintes qu'on pourrait faire d'eux, sur lesquels les nouveaux juges feront droit diligemment, sous peine de punition. » *Voy.* les *Ordonnances du Louvre,* tome 12, pag. 162 et suivantes.

Le nouveau mode de procéder privait l'appelant de cette facilité d'exercer une action contre les juges qu'il ne pouvait plus ajourner en cause d'appel.

187. Cependant il était juste, il était nécessaire de donner aux parties lésées un moyen d'obtenir la réparation des dommages que peut leur causer un juge prévaricateur, qui abuse de son ministère pour commettre des injustices. Telle est l'origine de la *prise à partie.*

Mais il est également juste, il importe à la dignité de la magistrature, qu'un juge, dont les fonctions sont déjà si rebutantes, ne soit pas, chaque fois que sa conscience l'oblige de condamner ou de punir, exposé, pour une erreur qui peut n'être que l'effet de la faiblesse humaine ou de la surprise, au désagrément, et presqu'à l'humiliation de descendre dans l'arène du barreau, pour y venir, en présence d'un public toujours enclin à la malignité, justifier la pureté de sa conduite, et défendre ses jugements contre les arguments captieux, contre les sophismes d'un plaideur acharné, qui les attaque souvent avec beaucoup d'éloquence.

La loi n'a donc pas donné et ne devait pas donner aux plaideurs, sans restriction, la faculté indéfinie de citer leurs juges devant les tribunaux, et de les *prendre à partie;* car le recours accordé dans les cas prévus par la loi, pour rendre un juge responsable du mal jugé, est énergiquement appelé *prise à partie,* parce qu'en effet de juge qu'il était, il devient partie; le procès lui devient propre, *litem suam facit.*

188. L'ordonnance de Blois, l'une des plus explicatives sur la prise à partie, indiqua, dans les art. 135, 145, 154, plusieurs cas où les juges pouvaient être pris à partie, et l'art. 147 leur défendit de dénier le renvoi des causes dont la connaissance ne leur appartient pas, sur peine d'être pris à partie, au cas qu'ils aient ainsi jugé par *dol, fraude ou concussion,* ou que nos cours trouvent qu'il y ait *faute manifeste du juge,* par laquelle il doive être condamné en son nom.

Cette ordonnance fut suivie jusqu'au temps de Louis XIV; et l'on trouve, dans Louet (2), des arrêts de 1526 et 1606, qui décidèrent que, quoiqu'un juge eût prononcé contre la disposition formelle d'un règlement, néanmoins, parce qu'il n'avait agi par dol, fraude ou concussion, il ne pouvait etre pris à partie.

L'ordonnance de 1667 se montra beaucoup plus sévère à l'égard des juges. L'art. 8 du titre 1er porte : « Déclarons tous arrêts et jugements, qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et déclarations, nuls et de nul effet et valeur, et les juges qui les auront rendus responsables des dommages et intérêts des parties, ainsi qu'il sera par nous avisé. »

Outre cette disposition générale, cette ordonnance autorisait spécialement la prise à partie dans beaucoup de circonstances particulières.

Un grand magistrat, de Lamoignon, dans les conférences tenues pour l'examen de cette loi, fit des réflexions très-sensées sur sa sévérité envers les juges, sur la défiance qu'elle leur témoignait perpétuellement, sur les nombreuses

(1) *Voy.* la *Nouvelle Collection de jurisprudence* de Camus et Bayard, vo *Appel,* § 2.

(2) Lettre O, sommaire 5.

dispositions pénales prononcées même contre les cours souveraines, et qui offensaient les parlements. Il s'éleva, à ce sujet, une discussion assez animée (1) entre lui et Pussort, commissaire du roi, rédacteur du projet, qui finit par dire, pour sortir d'embarras, comme il le faisait ordinairement, que, puisqu'on insistait sur ces difficultés, il fallait en remettre la décision au roi, auquel il aurait l'honneur d'en faire le rapport ; mais rien ne fut changé.

189. Les rédacteurs de notre Code de procédure ont évité cette grande sévérité, contre laquelle s'élevait le président de Lamoignon. Ils n'ont parlé des cas où la prise à partie est autorisée que dans l'art. 505, ainsi conçu : « Les » juges peuvent être pris à partie dans les cas » suivants : 1° s'il y a dol, fraude ou concus- » sion, qu'on prétendrait avoir été commis, soit » dans le cours de l'instruction, soit lors des » jugements ; 2° si la prise à partie est expres- » sément prononcée par la loi ; 3° si la loi dé- » clare les juges responsables, à peine de dom- » mages et intérêts ; 4° s'il y a déni de justice. »

Ainsi, cinq cas où la prise à partie est autorisée :

190. 1° Lorsqu'il y a dol ou fraude ; et la fraude ou le dol peut avoir lieu, soit pendant l'instruction du procès, soit lors du jugement ; et, dans l'un et l'autre cas, il donne également ouverture à la prise à partie.

Il a lieu dans le cours de l'instruction ; par exemple, lorsqu'un juge, dans un interrogatoire, pour surprendre l'interrogé, lui assure faussement qu'il a des pièces qui contredisent ses réponses ; lorsqu'un juge, procédant à une opération quelconque, commet des altérations, fait des omissions ou additions ; comme si, dans une enquête, il ajoute à la déposition ou en retranche.

Il y a dol commis lors du jugement, lorsqu'un rapporteur supprime des pièces essentielles, néglige d'en faire mention, ou les altère dans son rapport ; lorsqu'un président se permet d'altérer la rédaction du jugement prononcé en y ajoutant ou diminuant.

191. Ici se présente une question importante, celle de savoir si, dans cette matière, on doit comprendre, sous le nom de *dol*, la faute lourde, suivant la règle établie par le droit romain, que la faute lourde est un dol : *Magna culpa dolus est.* (L. 226, ff. *de verborum significatione.*)

La cour de cassation a décidé l'affirmative par un arrêt du 25 juillet 1806 (2), rendu sous l'empire du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, dont l'article 565 portait, comme l'art. 505 du Code de procédure, que le juge peut être pris à partie, lorsqu'il y a de sa part *dol, fraude* ou prévarication personnelle. Voici l'espèce que, vu l'importance de la question, il est bon de rapporter avec quelque détail.

La veuve Padieu vendit en l'an XI, au sieur Chabaille, une maison dont elle se réserva l'usufruit. Peu de jours après, se repentant de son marché, elle consulta sur les moyens de le rendre sans effet le sieur B***, avocat, qui, sachant que le contrat n'était point transcrit, lui dit que, suivant l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, elle pouvait, en vendant à un autre qui ferait transcrire son contrat, priver le sieur Chabaille de tout droit à la propriété de la maison, sauf à lui payer des dommages-intérêts. En conséquence, elle vendit une seconde fois la maison au sieur Foulon, son neveu et son héritier présomptif, qui fit de suite transcrire son contrat.

Chabaille rendit plainte en escroquerie contre la veuve Padieu et le sieur Foulon. Le sieur V***, directeur du jury, commença, contre la veuve Padieu, le sieur Foulon et le sieur B***, une instruction qui fut continuée par le sieur D***, son successeur. Un mandat d'amener fut décerné contre le sieur B***, qui comparut, avoua qu'il avait donné à la veuve Padieu le conseil dont on a parlé, et soutint : 1° qu'il ne pouvait, en qualité d'avocat, être recherché pour les conseils qu'il donne dans le secret de son cabinet ; 2° que l'objet du conseil n'était point un délit caractérisé par la loi, mais tout au plus un stellionat qui ne donnait lieu à aucune peine correctionnelle, et qu'on ne pouvait de ce chef exercer contre lui aucune espèce d'action publique.

Chabaille déclara qu'il n'avait jamais voulu étendre sa plainte jusqu'au sieur B***. Le sieur D*** n'en continua pas moins l'instruction, et décerna contre le sieur B*** un mandat d'arrêt, qui ne fut point exécuté, parce qu'il donna caution.

Jugement qui, après avoir renvoyé la veuve Padieu et le sieur Foulon de la plainte, ordonne l'élargissement définitif du sieur B***, attendu que le secret du cabinet d'un avocat doit être respecté... et que les magistrats qui ont procédé à l'instruction se seraient bien gardés d'attenter à cette honorable prérogative, s'ils n'avaient, à quelques égards, été fondés à voir, dans cette affaire très-délicate, *des traces de mauvaise foi et de dol caractérisé, délit prévu par l'art. 35 de la loi correctionnelle*, et que le sieur B*** était convenu avoir conseillé la seconde vente, procédé contraire à la délicatesse et à l'honneur...

Le sieur B*** appela de ce jugement en tant qu'il contient des assertions injurieuses contre lui, et demanda la suppression du motif qui reconnaît dans sa conduite *des traces de mau-*

(1) On peut voir cette discussion dans le procès-verbal des conférences.

(2) Rapporté dans le *Répert. de jurisprudence*, v° *Prise à partie*.

vaise foi et de dol caractérisé, réservant de se pourvoir en réparation contre les auteurs des persécutions dont il se plaint.

Par arrêt du 10 messidor an XII, considérant que de sa nature l'affaire était purement civile.... qu'il n'a été articulé ni spécifié aucun fait de dol. ni autres, compris en l'art. 35 du Code correctionnel. et qu'il n'en est résulté aucun, soit des premières informations, soit des réponses du prévenu ; qu'ainsi, il n'y avait lieu ni au mandat d'arrêt. ni à l'ordonnance de traduction ; qu'au surplus, les juges dont est appel, ayant reconnu qu'il n'avait été pratiqué par la veuve Padieu et Foulon, poursuivis comme auteurs de la prétendue escroquerie, aucune manœuvre, aucune espèce de dol, n'ont pu, sans une contradiction évidente, juger par rapport à B***, poursuivi comme complice. et qui n'avait fait que rendre et développer, comme jurisconsulte. dans le secret du cabinet, le texte d'une loi existante, et qui ne pouvait être garant de l'abus qu'en auraient fait les consultants, que l'affaire avait présenté, à quelques égards, des traces de mauvaise foi et de dol caractérisé ; qu'ils n'ont pu davantage, en le déchargeant de l'accusation portée contre lui, déclarer que son procédé était contraire à l'honneur et à la délicatesse ; ce qui, d'ailleurs, emporterait une sorte de blâme que les juges n'auraient pu prononcer sans excès de pouvoir ;

La cour, en ce qui concerne B***, annule l'ordonnance de traduction, contenant mandat d'arrêt, et tout ce qui a suivi ; renvoie ledit B*** de la plainte. ordonne que son écrou sera rayé et biffé. et *le réserve en tous ses droits*.

En vertu de cet arrêt, le sieur B*** présente à la cour de cassation une requête en prise à partie contre le sieur D***, ex-directeur du jury, et contre le magistrat de sûreté.

Le 25 frimaire an XIV, arrêt de la section des requêtes. qui déclare le sieur B*** non recevable, *quant à présent*, à l'égard du magistrat de sûreté, et admet sa requête en ce qui concerne le sieur D***.

La cause fut portée à la section civile, qui, le 23 juillet 1806, rendit un arrêt par lequel....

« Quant au fond, vu l'article 565 de la loi du 3 brumaire an IV, ainsi conçu : *Il y a lieu à la prise à partie contre un juge dans les cas suivants..., lorsqu'il y a eu de la part d'un juge, dol, fraude ou prévarication....*

» Vu la loi 226. ff. *de verborum significatione*, ainsi conçue : *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est ;* vu l'art. 5, tit. 1er, intitulé *de la Contrainte par corps en matière civile*, de la loi du 15 germinal an VI, ainsi conçu : *La contrainte par corps aura lieu pour...* STELLIONAT ; vu l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, ainsi conçu : *Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits... Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés à la disposition de la présente ;* vu le titre 5 de la loi du 3 brumaire an IV, d'après lequel les mandats d'amener et d'arrêt ne peuvent être décernés que lorsqu'il existe des preuves ou des présomptions de délits, et dans les cas y exprimés ; vu enfin les art. 15 et 16 de la loi du 7 pluviôse an IX, ci-devant énoncés ; et attendu qu'aux termes de l'art. 565 précité, la prise à partie est autorisée lorsqu'il y a eu dol de la part d'un juge ; que lorsqu'il s'agit d'instances civiles en dommages-intérêts, *les lois assimilent la faute grave au dol ;* que, dans l'espèce, la revente faite par la veuve Padieu n'a pu donner lieu à des poursuites correctionnelles, quand bien même on voudrait l'envisager comme un stellionat ; que le conseil donné par le demandeur, dans les termes allégués par le défendeur, ne renferme pas même l'apparence d'un délit : d'où la conséquence que le mandat d'amener, la traduction à la police correctionnelle et le mandat d'arrêt constituent une *faute grave* de la part du défendeur ; attendu que cette faute ne peut être atténuée. ni par un prétendu avis verbal du procureur général près la cour de justice criminelle d'Amiens, ni par le certificat des juges et du greffier du tribunal d'Abbeville, délivré au défendeur, pendant l'instance de prise à partie ;

» La cour, sans avoir égard aux fins de non-recevoir proposées par le défendeur. *le déclare bien intimé et pris à partie ; le condamne en conséquence* à 6,000 francs de dommages-intérêts envers le demandeur et aux dépens. »

Cet arrêt, comme on voit, décide *in terminis* qu'en matière de prise à partie, *la faute lourde est assimilée au dol*. Ce qui est conforme à l'ordonnance de Blois, qui l'autorisait en cas *de faute manifeste*.

En effet, si elle n'était pas autorisée dans le cas de la faute lourde, il deviendrait presque impossible de faire réussir une prise à partie fondée sur le dol du juge ; car ce qui caractérise le dol, ce qui le distingue de la faute, c'est l'intention de nuire : *Dolus, cum adest lædendi animus, culpa, factum inconsultum quoque alteri nocetur.* Le juge pris à partie ne manquerait jamais de s'excuser sur son intention, que personne que lui ne peut connaître. Comment donc prouver le dol, qui ne se présume point?

Cependant, mon savant confrère et ami, Carré, sur l'art. 505 du Code de procédure. pense qu'une faute lourde ne suffirait pas pour autoriser la prise à partie, si elle n'était accompagnée de faits qui prouvassent qu'elle a été volontaire, et commise avec intention de nuire, parce que le simple mal jugé au fond n'est pas un moyen de prise à partie, suivant Duparc-Poullain (1), *si ce n'est lorsqu'il y a une loi formelle qui*

(1) *Principes du droit*, t. 10, p. 906

permette aux parties de prendre cette voie...

Mais Duparc-Poullain, notre savant maître, ajoute immédiatement après ces derniers mots, « ou que le jugement cause à la partie, par la faute grossière du juge, *lata culpa*, un préjudice irréparable ; par exemple, si, malgré l'insistance de la partie, il a reçu une caution insolvable, ou s'il a donné mainlevée des effets saisis légitimement sur un débiteur qui en a profité pour les divertir et les dissiper. »

Rien de plus sage que cette distinction de Duparc-Poullain. « Il est évidemment juste, dit-il encore, qu'un mal jugé au fond, par lequel une partie solvable aurait été injustement favorisée, ne puisse servir de fondement à une prise à partie, le grief pouvant être réparé aux frais de celui qui profite du jugement. Ainsi, il n'y a d'exception que dans le cas d'un procédé caractérisé par la fraude, l'avarice ou la prévention la plus inexcusable. »

192. Mais lorsque le préjudice causé par la faute grossière, par l'ignorance crasse d'un juge, peut-être intérieurement méchant, est irréparable, il serait évidemment injuste et contraire au droit naturel de refuser à la partie lésée un moyen de réparation par la prise à partie. Tout fait quelconque de l'homme qui cause du préjudice à autrui oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer, dit l'art. 1382 ; il ne dit pas seulement par *le dol* ou *la faute* de qui il est arrivé.

Dans l'espèce de l'arrêt de la cour de cassation, ci-dessus rapporté, le préjudice causé au sieur B***, avocat, était irréparable. Il avait été décerné contre lui un mandat d'amener, puis un mandat d'arrêt ; il avait subi l'humiliation d'une procédure correctionnelle, et l'arrêt qui ordonnait son élargissement définitif, par une contradiction qu'on ne peut attribuer qu'à cette malveillance que certaines cours ont quelquefois témoignée aux avocats, contre les intérêts bien entendus de la magistrature, contenait un motif flétrissant contre la réputation du sieur B***, que la cour suprême vengea d'une manière éclatante.

La liberté individuelle est un point tellement important, que les atteintes qu'y peut porter illégalement un magistrat, sont toujours des fautes graves, des fautes inexcusables, *quæ dolo æquiparantur*. Aussi, sous le régime absolu, où elle était sans garantie et fort peu respectée, Duparc-Poullain, *Principes du droit*, page 915, enseigne que « la contravention à l'art. 19 du titre *des Décrets* de l'ordonnance criminelle, qui défend de décréter de prise de corps un domicilié, si le crime dont il était accusé n'était pas punissable de peines afflictives ou infamantes, était un moyen de prise à partie, parce qu'un pareil décret flétrit toujours la réputation de la personne décrétée, et que même, quand elle n'a pas été emprisonnée, sa justification, par un jugement définitif, ne répare qu'imparfaitement le déshonneur qui résulte d'un pareil décret : il est donc juste que la prise à partie procure la ressource des dommages et intérêts que celui qui a été décrété de prise de corps a droit de prétendre. »

Ces principes salutaires et libéraux sont applicables aux mandats d'arrêt et autres décernés contre les dispositions du Code d'instruction criminelle. L'art. 94 permet au juge d'instruction, après avoir entendu le procureur du roi, de décerner, « lorsque le fait emportera peine » afflictive ou infamante, ou emprisonnement » correctionnel, un mandat d'arrêt, qui doit, » selon l'art. 96, contenir l'énonciation du fait » pour lequel il est décerné, et la citation de la » loi, qui déclare que ce fait est un crime ou » un délit. »

Et l'art. 112 porte que « l'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, de dépôt, d'amener et d'arrêt, sera toujours punie, s'il y a lieu, d'injonction au juge d'instruction et au procureur du roi, même de *prise à partie*. »

193. Vainement donc le juge qui a décerné un mandat contre la disposition de l'art. 94 prétendrait s'excuser sur son intention, pour soutenir qu'il n'y a point de dol de sa part, mais une simple faute. La liberté individuelle est le premier de tous les biens pour un citoyen ; les atteintes qu'y porte un magistrat ne sont jamais de simples fautes, mais des fautes grossières et inexcusables, *quæ dolo æquiparantur*.

J'ai vu, depuis la restauration, un jeune procureur du roi qui lançait des mandats d'arrêt contre tous ceux qu'il soupçonnait, sans même se donner la peine de les interroger, qu'après plusieurs jours de prison. J'ai vu, entre autres exemples, trois paysans de Montfort incarcérés sans aucun motif, ainsi que l'assura, en ma présence, un commissaire de police, qui pressait le procureur du roi de les interroger, pour les mettre en liberté. Il répondit froidement qu'il n'avait pas le temps. C'était l'heure du dîner. Le commissaire de police insista, en observant que le lendemain était un dimanche, jour où l'on n'interrogeait pas les prisonniers. « Ils attendront. » En effet, ces trois malheureux ne furent mis en liberté que le lundi. C'était sans aucun doute le cas de la prise à partie ; mais tout tremblait devant un procureur du roi, qui avait toujours dans son antichambre un gendarme de planton, pour exécuter ses ordres arbitraires, et qui d'ailleurs était soutenu par un ministre absolu. Il faut dire cependant que le ministre donna l'ordre d'examiner la conduite de ce procureur du roi ; mais le magistrat chargé de cet examen la trouva sans reproche.

194. Le second cas où l'art. 505 du Code de procédure autorise la prise à partie est celui de la concussion. Suivant l'art. 174 du Code pénal, le juge se rend coupable de concussion, toutes les fois qu'il exige ou reçoit ce qu'il sait ne lui

être pas dû ou excéder ce qui lui est dû. S'il importe de poser des barrières contre la cupidité, c'est surtout lorsqu'elle se trouve unie au pouvoir (1).

Nos lois se sont donc armées d'une juste sévérité contre tous les fonctionnaires publics de l'ordre administratif ou judiciaire, contre tous agents du gouvernement, leurs commis ou préposés, qui se rendent coupables de concussion, non-seulement en recevant des sommes d'argent, mais encore des dons ou présents, de quelque espèce qu'ils soient, pour faire un acte de leurs fonctions, même juste, mais non sujet à salaire, ou pour s'abstenir de faire un acte qui entrait dans l'ordre de leurs devoirs. (Art. 174 et 177 du Code pénal.)

On trouve d'anciennes ordonnances qui permettaient aux juges de recevoir quelques légers présents en comestibles (2), tels que du gibier. Ces ordonnances sont abrogées. Les juges ne doivent absolument rien recevoir, soit avant, soit après le jugement rendu. L'article 174 du Code pénal ne fait, à cet égard, aucune distinction. Ces dons postérieurs pourraient n'être que l'exécution de promesses antérieures; on le soupçonnerait, du moins, et le magistrat est la femme de César, qui ne doit pas être soupçonnée.

Il doit surtout surveiller ses commis, secrétaires et domestiques, et songer au sort du célèbre chancelier Bacon, dont le génie fit l'inventaire des richesses de l'esprit humain, en recula les bornes, alluma le flambeau qui a éclairé les modernes dans les ténèbres de la philosophie ancienne, et dont, cependant, la réputation morale n'en a pas moins été flétrie par la condamnation ignominieuse que lui méritèrent les concussions commises par ses subalternes.

195. Le troisième cas où la prise à partie a lieu est lorsqu'elle est formellement prononcée par la loi. On ne voit pas, dans le Code de procédure, d'article qui autorise la prise à partie dans un cas particulier, mais on en trouve dans les art. 77, 112, 164, 271, 370 et 595 du Code d'instruction criminelle. Nous en parlerons ci-après.

196. Le quatrième cas, analogue au précédent, est lorsque la loi déclare les juges responsables à peine de dommages et intérêts; car il est impossible de les obtenir, sans traduire les juges en justice, en les prenant à partie. L'article 15 du Code de procédure nous en offre un exemple; il décide que, si le juge de paix ordonne un interlocutoire, la cause doit être jugée définitivement, au plus tard, dans les quatre mois du jour de ce jugement; que si elle n'est pas jugée dans ce délai, l'instance est périmée de droit, et que, si la péremption est arrivée par la faute du juge de paix, par exemple, si, ayant ordonné un délibéré, il n'exécute pas sa décision, il est soumis aux dommages et intérêts, et, par conséquent, à la prise à partie.

L'article 2063 du Code civil nous donne un second exemple de ce quatrième cas de prise à partie; il défend aux juges de prononcer la contrainte par corps, hors les cas déterminés par les art. 2060, 2061 et 2062, à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts. C'est un nouveau témoignage du respect dû à la liberté individuelle. *Voy.* aussi les articles 117 et 119 du Code pénal.

197. Enfin, le cinquième cas où l'art. 505 du Code de procédure permet la prise à partie est celui du déni de justice.

Le déni de justice, qui est le moyen de prise à partie le plus fort et le plus assuré, consiste dans le refus de juger; refus inexcusable, puisque le devoir le plus indispensable du juge est de rendre la justice aux parties, lorsqu'elles la demandent (3). Mais il ne faut pas confondre le déni de justice avec l'injustice, parce qu'en jugeant mal et injustement, le juge remplit sa fonction (4), qui est de prononcer sur le différend des parties.

Il y a déni de justice en trois cas : 1° suivant l'art. 4 du Code civil, si le juge refuse de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Ces prétextes ne peuvent le dispenser de prononcer. Si la loi est obscure, il doit l'interpréter. Si elle est muette ou insuffisante, il doit y suppléer au moyen de l'analogie, ou au moyen de cette loi toujours existante, de cette loi juste et bonne dans tous les temps et dans tous les pays, la loi naturelle (5). *Voyez* ce que nous avons dit, tome Ier.

2° Il y a déni de justice, suivant l'art. 506 du Code de procédure, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes.

3° Suivant le même article, s'ils négligent

---

(1) « Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum *aliquam potestatem haberet*, pecuniam ob judicandum decernendumve acceperit. » (L. 3, ff. *de lege Julia repetundarum*, 48, 11.)

(2) Ces ordonnances étaient conformes au droit romain. (*Voy.* la loi 18, ff. *de officio præsidis*, 1, 18.)

(3) C'est aussi le premier commandement que leur faisait l'ordonnance de 1667, art. 1, tit. 25, *des Prises à partie* : « Enjoignons à tous juges de nos cours, juri» dictions et justices, et des seigneurs, de procéder in» cessamment au jugement des causes, instances et » procès qu'ils seront en état de juger, à peine de ré» pondre en leur nom des dépens, dommages et intérêts » des parties. »

(4) « Prætor quoque jus reddere dicitur, etiam cum inique decernit : relatione scilicet facta non ad id quod prætor fecit, sed ad illud quod prætorem facere convenit. » (L. 11, ff. *de justitia et jure.*)

(5) « Jus pluribus modis dicitur. Uno modo, cum id quod semper æquum ac bonum dicitur. » (L. 11, ff. *de justitia ac jure.*)

de juger les affaires *en état et en tour d'être jugées.*

Notez qu'il faut qu'elles soient tout ensemble en état et en tour d'être jugées. Si elles ne sont pas en état, il est évident qu'il n'y a pas déni de justice, puisque le juge ne peut juger, et cela par la faute des parties elles-mêmes. Si elles ne sont pas en tour, cela ne prouve pas la négligence du juge, mais seulement la multitude des affaires dont le tribunal est chargé. Ce serait une injustice que d'intervertir l'ordre du rôle; mais le président qui refuserait d'enrôler une cause se rendrait coupable de déni de justice.

198. Mais y a-t-il déni de justice, lorsqu'un chef non contesté de la cause, se trouvant en état et en tour d'être jugé, quoiqu'un autre chef indépendant du premier reste encore litigieux et contesté, le juge renvoie ou tarde à faire droit sur le premier jusqu'à ce que le second chef soit en état d'être jugé, malgré les conclusions de la partie, qui requiert que le premier chef soit jugé sans délai?

C'est une question importante, dont la discussion peut répandre beaucoup de lumière sur la doctrine du déni de justice, dans les principes du Code de procédure. La cour d'appel de Turin jugea affirmativement cette question dans l'espèce suivante :

Operti, assigné devant le tribunal civil de Turin, en payement d'un billet de 3,000 fr. qu'il avait consenti à Bruno, reconnaît la validité de l'obligation, quant à 2,000 fr., et conteste le surplus, qu'il prétend être une usure illicite; et, pour le prouver, il allègue des faits dont il demande à faire preuve.

Sur cette contestation, jugement qui admet Operti à la preuve de ces faits, mais qui ne prononce aucune condamnation sur les 2,000 fr. non contestés, quoique Bruno eût pris à cet égard *des conclusions formelles.*

Il appelle de ce jugement, qui fut réformé par arrêt du 23 juin 1807, fondé sur les motifs suivants :

« Considérant que, par l'aveu du sieur Operti, et par les pièces mêmes qu'il mit aux actes, il résulte que 2,000 fr. lui ont été effectivement déboursés par Bruno ;

» Que quoique Operti veuille attaquer le contrat, comme contenant simulation et usure excessive, cela n'empêche pas que, pour les 2,000 fr. qui lui ont été effectivement prêtés, ce contrat ne doive avoir son exécution, suivant ce que le président Favre nous apprend dans la définition 3, liv. 4, tit. 17 de son Code : *Quod dicimus contractum simulatum, nullas omnino vires habere, quia nec contractus nomen mereatur, accipiendum est ut quod simulate gestum est, pro infecto habeatur, neque tamen ut minus valeat quod revera actum probatur, si quo jure valere possit* . . . .

. . . .

» Considérant que, d'après ce que dessus, *il est évident* que le tribunal de première instance, n'ayant pas adjugé à Bruno ses conclusions en la partie où il demandait, en attendant, ladite somme des 2,000 fr. non contestée, aurait *commis un déni de justice ;*

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant ; et faisant ce que les premiers juges auraient dû faire, déclare tenu Operti, intimé, au payement, envers l'appelant Bruno, de la somme de 2,000 fr. avec intérêt au taux légal. »

Cet arrêt est parfaitement bien rendu. La contestation qu'élevait Operti sur la somme de 1,000 fr. restant de son billet, ne devait pas empêcher le tribunal de le condamner à payer les 2,000 fr. qu'il reconnaissait devoir, sans attendre les suites ultérieures nécessaires pour éclaircir les faits dont il offrait la preuve. C'est ainsi que, dans une instance de compte, l'oyant peut requérir, et le juge doit lui décerner un exécutoire de l'excédant de la recette sur la dépense (art. 535 du Code de proc.), sans attendre le jugement à intervenir sur l'instance, après la discussion des points contestés.

Mais y avait-il, dans la manière de prononcer du tribunal de Turin, dont le jugement fut réformé, un déni de justice, suivant les principes du Code de procédure?

Nous ne saurions le penser ; il n'y avait qu'omission de prononcer. Pour constituer le déni de justice, l'art. 507 exige qu'il y ait refus ou négligence de juger constatés par deux réquisitions. Si le juge n'y défère pas, c'est alors seulement qu'il y a déni de justice caractérisé et légalement constaté.

Il est vrai que l'omission de prononcer dans le cas proposé avait tout l'effet d'un refus : c'était même, si l'on veut, un refus implicite ; car les conclusions formelles, prises par Bruno, étaient une véritable réquisition de prononcer sur sa demande.

199. Cependant, si l'on veut trouver un refus implicite dans l'omission de prononcer, ce ne peut être que par interprétation ; car cette omission peut provenir d'un oubli aussi bien que d'un refus : elle ne suffit donc pas, suivant le Code. A défaut d'un refus formel qu'il est difficile d'obtenir, il exige, du moins, que le juge soit constitué en demeure par deux réquisitions. Le Code en fixe même les intervalles et les délais, dans lesquels le juge doit répondre ou juger, sous peine de prise à partie.

L'art. 507 du Code de procédure porte : « Le déni de justice sera constaté par deux réquisitions, faites au juge en la personne des greffiers, et signifiées de trois en trois jours au moins, pour les juges de paix et de commerce, et de huitaine en huitaine au moins, pour les autres juges. Tout huissier requis sera tenu de faire ces réquisitions, à peine d'interdiction. »

L'art. 508 ajoute : « Après les deux réquisitions, le juge pourra être pris à partie. »

Ainsi, point de déni de justice dans le sens du

Code, et par conséquent point de prise à partie admissible, sans les deux réquisitions nécessaires pour mettre le juge en demeure. Le refus de juger, que l'on peut trouver, par interprétation, dans l'omission de prononcer sur l'un des chefs de conclusions, en état d'être jugé, comme dans le cas du jugement rendu à Turin, ne suffit point seul pour constituer le déni de justice caractérisé, qui peut faire admettre la prise à partie.

Pour réparer le préjudice que peut causer cette omission, la loi n'accorde à celui qui en souffre que la voie ordinaire de l'appel, si ce jugement est rendu en première instance, et celle de la requête civile, s'il est en dernier ressort (art. 480, nº 5, du Code de procédure), mais non point la prise à partie.

Il est pourtant vrai qu'en ne l'admettant point, il peut résulter de l'omission de prononcer un préjudice irréparable pour l'appelant. Par exemple, si, dans l'espèce jugée à Turin, Operti avait vendu ses biens depuis le jugement pour les soustraire à l'hypothèque judiciaire dont ils auraient été frappés, si les juges l'avaient condamné de payer les 2,000 fr. qu'il reconnaissait devoir, Bruno, dans ce cas, aurait perdu cette somme par la faute des juges, par l'omission de prononcer cette condamnation, comme il le demandait formellement. Cette perte, qui ne pourrait être réparée que par la prise à partie, est un inconvénient très-réel, attaché au refus de la loi de l'admettre dans ce cas.

Mais cet inconvénient frappant se retrouve dans tous les cas où les premiers juges rejettent injustement une demande; car, en forçant le demandeur de recourir à l'appel, ils donnent le temps au défendeur de soustraire ses biens à l'hypothèque dont les eût frappés un premier jugement, conforme à la justice.

On ne pourrait prévenir cet inconvénient qu'en rendant, comme autrefois, les juges indéfiniment responsables de leur impéritie et de tous leurs jugements : il y a longtemps qu'on est revenu de cette rigueur impolitique; ou du moins en les rendant responsables, dans tous les cas où leurs jugements sont en contravention formelle à la loi, comme le voulait l'ordonnance de 1667, dont l'art. 8 du titre 1 portait : « Déclarons tous arrêts et jugements qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et déclarations, nuls, et de nul effet et valeur, et les juges qui les auront rendus, responsables des dommages et intérêts des parties. »

Sous l'empire de cette loi, la prise à partie était admise toutes les fois que le jugement contraire aux ordonnances causait un préjudice irréparable à la partie. Par exemple, dit Duparc-Poullain (1) : « Si, malgré l'insistance de la partie, il a reçu une caution insolvable, ou donné mainlevée des effets légitimement saisis sur un débiteur qui en a profité *pour les divertir ou les dissiper*, un pareil jugement était considéré comme une faute lourde, *lata culpa quæ dolo æquiparatur.* »

Cette sage jurisprudence est évidemment conforme à la raison et à la justice ; elle l'est également aux principes du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause du préjudice à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Personne ne doit avoir le privilége de se soustraire à cette règle de justice universelle.

200. Ceci nous conduit à examiner, sous un autre point de vue, le déni de justice interprétatif, qu'on peut trouver dans l'omission de prononcer sur un chef en état d'être jugé. Sans doute, elle ne suffit pas seule pour constituer le déni de justice caractérisé, qui autorise la prise à partie ; nous en avons dit la raison ; mais il en est autrement lorsque le jugement, contraire à la disposition de la loi, cause à la partie un préjudice irréparable. Alors il y a évidemment, de la part du juge, une faute lourde, une faute assimilée au dol, et qui donne lieu par conséquent à la prise à partie.

Par exemple, je demande le compte d'une gestion très-étendue à un mandataire. J'y prétends trouver des infidélités. Le rendant avance pour sa défense des faits compliqués, dont l'éclaircissement rendra le procès long et difficile. Cependant, comme, malgré les infidélités du compte, la recette excède la dépense, je prends le parti de *requérir du juge-commissaire exécutoire de cet excédant, sans approbation du compte,* en vertu de l'art. 535 du Code de procédure, que je copie dans ma requête. Cependant, au lieu de m'accorder cet exécutoire, le juge met au pied de ma requête : « Renvoyée pour y être fait droit lors du jugement définitif sur l'instance de compte. »

Il y a ici refus écrit et manifeste de donner l'exécutoire demandé. Cependant il n'y a pas de déni de justice dans le sens du Code de procédure, parce que le juge n'a pas refusé de répondre la requête; il l'a seulement répondue d'une manière inique et illégale. Or, *Prætor jus reddere dicitur, etiam cum inique decernit.* (L. 11, ff. *de justitia et jure.*) Mais il y a évidemment faute grossière, faute absolument inexcusable. Or nous avons vu, nº 191, qu'ainsi que l'a fort bien décidé la cour de cassation, la faute crasse du juge qui prononce contre le texte de la loi est assimilée au dol, et donne lieu à la prise à partie. Disons donc que, si le déni de justice interprétatif ou l'omission de prononcer sur un chef en état d'être jugé n'autorise pas seul la prise à partie, il y donne lieu lorsqu'il contient une contravention formelle à la loi, et un préjudice irréparable à la partie lésée, parce qu'alors il y a faute grossière.

(1) *Principes du droit*, t. 10, p. 906, nº 154.

201. Le Code ayant spécifié les cas où la prise à partie peut être autorisée, elle ne peut l'être qu'en ces seuls cas. Elle n'est plus admise pour mal jugé, soit en fait, soit en droit. Les anciennes ordonnances qui la permettaient en pareil cas, et l'article 8 de l'ordonnance de 1667, qui semblait l'autoriser en tous les cas de contravention aux ordonnances, édits et déclarations, sont abrogés par le Code de procédure. Il ne reste, en ce cas, que la ressource de l'appel, de la requête civile ou de la cassation.

202. « Les juges peuvent être pris à partie, » dit l'art. 505 du Code de procédure. Cette disposition générale comprend les juges de paix, les juges de commerce, de première instance, les magistrats des cours souveraines, même les officiers du ministère public, comme nous l'avons vu ci-dessus; les juges de police, correctionnels et criminels, et les juges d'assises. La prise à partie peut même avoir lieu contre un tribunal entier, ou contre une cour ou contre l'une de leurs sections, aussi bien que contre quelques-uns de leurs membres. (Art. 509.)

203. Mais, lorsque la prise à partie est fondée sur un jugement émané d'un tribunal ou d'une section, peut-elle être dirigée contre un de ses juges seulement, tel, par exemple, que le rapporteur?

La négative ne paraît pas douteuse. « Dans l'obscurité qui couvre le secret des opinions d'un tribunal, dit fort bien Merlin (1), on ne peut se permettre au hasard, soit de supposer à un juge une opinion qui, peut-être, n'a pas été la sienne, soit de supposer que sa voix a forcé celle des autres ou a prévalu sur elles. »

« Il est donc impossible, disait Robin de Mozas, défenseur de trois magistrats qu'on voulait prendre à partie (2), il est donc impossible de dire que le jugement ne soit pas l'ouvrage du tribunal entier; et, s'il l'est, nul moyen de diviser les personnes, d'attaquer un juge seulement, entre trois, cinq, sept ou dix, de rendre ce juge responsable du fait des autres, et de le punir d'une opinion qu'il peut avoir combattue, mais à laquelle il a été forcé de souscrire par la loi de tous les corps où l'on ne peut se refuser à se rendre au vœu général, et à signer le jugement arrêté par la pluralité. On ne peut pas sauver ces inconséquences en disant qu'un tel jugement est un délit, et que tous les coupables d'un délit en sont solidairement responsables. Cette comparaison même serait absurde; car cela ne peut s'entendre que d'un délit volontaire, auquel tous ont concouru de leur plein gré, de leur pure et libre volonté, au lieu qu'en matière de jugement la voix du moindre nombre est toujours forcée par la pluralité : c'est la loi même qui impose ce devoir. Or la loi ne peut pas rendre un seul juge, sur plusieurs, responsable d'un acquiescement dont elle lui fait une obligation ; elle ne peut pas lui faire un crime d'un fait qu'elle lui commande. Il n'y a même aucune exception particulière contre le rapporteur d'une affaire, si ce n'est dans le cas d'un déni de justice, et faute par lui de la rapporter pour faire rendre un jugement, parce que c'est là un fait qui lui est personnel. Ce même cas n'est pas celui de la prise à partie véritable et proprement dite, mais celui d'une intimation à fin de dommages et intérêts, pour cause de sa négligence à mettre la compagnie en état de juger. La compagnie ne peut point être compromise, parce que, n'ayant pas jugé, elle n'est point complice de la faute; et, de même, il faut bien qu'elle soit compromise tout entière, si on intente la prise à partie, à raison d'un jugement qu'elle aurait rendu, et qui serait de nature à ouvrir cette action. »

204. Tels sont les vrais principes, qui ne peuvent souffrir d'exception que dans le cas où l'un des juges aurait commis une faute personnelle, à laquelle les autres n'ont point participé, parce qu'alors il répugnerait à la justice et à la raison de leur faire partager la peine due au seul coupable.

Par exemple, un rapporteur qui aurait soustrait aux yeux de ses collègues une pièce essentielle, soit dans une affaire civile, soit dans une affaire criminelle, pour faire prévaloir une opinion que l'exhibition de la pièce eût empêché d'embrasser ; un commissaire, qui, dans l'instruction d'une procédure, se permettrait des infidélités ou des prévarications. Dans ces cas, il est facile de distinguer la faute personnelle du commissaire ou du rapporteur de celle que peut commettre le corps du tribunal ou de la chambre, dans un jugement auquel tous ses membres ont concouru.

Mais, hors ces cas et autres semblables, il est impossible de scinder le tribunal ou la chambre qui a rendu un jugement, pour ne prendre à partie que l'un ou quelques-uns de ses membres. Et quand on a vu des tribunaux pris à partie, l'action a toujours été dirigée contre tous les membres du tribunal ou de la chambre qui avait rendu le jugement.

205. Nous en avons un exemple dans le célèbre arrêt du conseil, du 17 octobre 1708, qui déclare bien pris à partie tous les juges de la cour des monnaies de Paris, qui avaient procédé à un jugement par lequel un accusé avait été condamné à subir la question ordinaire et extraordinaire, sans autres preuves que des indices arbitraires ; au lieu que, suivant les ordonnances, il fallait une preuve considérable. L'accusé succomba. Les douleurs lui firent

(1) *Répert. de jurisp.*, v° *Prise à partie*, § 3, n° 3.

(2) La prise à partie fut rejetée par arrêt du parlement de Paris, du 13 juin 1783. *Voy.* le *Répertoire*, *ubi supra*, § 1, n° 3.

avouer qu'il était l'auteur du crime, et il fut ensuite condamné à mort, par arrêt du 3 mars 1691; mais, depuis, son innocence ayant été reconnue, sa veuve se pourvut et obtint des lettres de révision du procès, adressées à la chambre de la Tournelle du parlement de Paris, qui, par arrêt du 18 février 1704, remit les parties en tel et semblable état où elles étaient avant celui du 3 mars 1691, et permit de prendre à partie les juges de la cour des monnaies, qui avaient procédé au jugement du malheureux accusé. L'affaire fut évoquée au conseil, et, par arrêt du 12 octobre 1708, les juges qui avaient rendu l'arrêt de 1691 furent déclarés avoir été bien pris à partie, et condamnés à 6,000 fr. de dommages et intérêts envers la veuve de l'innocent. C'était une peine bien légère contre des juges qui s'étaient transformés en bourreaux.

Nous trouvons encore l'exemple d'une prise à partie contre une chambre entière, dans un arrêt aussi rendu au conseil le 20 mars 1735, par lequel il fut permis à Jean Laugier, avocat à Barcelonnette, de prendre à partie les juges de la Tournelle du parlement de Provence, qui, par arrêt du 26 novembre 1716, l'avaient condamné aux galères (1).

206. L'art. 509 du Code de procédure indique le tribunal où doit être portée la prise à partie. Il porte : « La prise à partie contre les juges de paix, contre les tribunaux de commerce ou de première instance, ou contre quelqu'un de leurs membres; la prise à partie contre un conseiller à une cour royale ou à une cour d'assises, seront portées à la cour royale du ressort. »

La loi du 27 novembre 1790, en constituant la cour de cassation, lui avait attribué, art. 2, le droit exclusif de prononcer *sur la demande de prise à partie de tout un tribunal entier.* Plusieurs lois postérieures (2) avaient expliqué cette disposition; mais l'art. 101, n° 7, du sénatus-consulte du 28 floréal an XII, détacha la connaissance des prises à partie des attributions de la cour de cassation, et déféra à la haute cour celle des « forfaitures ou prises à partie qui peuvent être encourues par une cour d'appel, ou par une cour de justice criminelle, ou par des membres de la cour de cassation. »

La disposition finale de l'art. 509 du Code de procédure renouvelle et explique cette disposition. Il porte : « La prise à partie contre les cours d'assises, contre les cours royales ou l'une de leurs chambres, sera portée à la haute cour, conformément à l'art. 101 de l'acte du 8 mai 1804. »

207. Mais la haute cour n'existant plus, ou n'ayant jamais existé, puisque jamais elle n'a été organisée, Merlin (3), dans le *Répertoire de Jurisprudence,* et Pigeau, dans son ouvrage sur la procédure civile (4), en avaient conclu que cette attribution de la haute cour n'ayant été déférée à aucune autre autorité, il existait, sur ce point, une lacune que le législateur seul peut remplir (5).

Cependant, notre compatriote, Legraverend, dans son *Traité de législation criminelle,* pose en fait et en principe :

« 1° Qu'il n'y a jamais eu de haute cour;

« 2° Que jusqu'à l'organisation annoncée, mais vainement attendue, de ce tribunal, la cour de cassation est restée nécessairement investie de la compétence relative aux prises à partie, qui lui avait été conférée par la loi du 27 novembre 1790;

« 3° Que l'état des choses est encore aujourd'hui le même à cet égard, puisque la cour de cassation est maintenue en vertu de l'art. 59 de la charte; qu'elle est instituée par le roi, et qu'elle exerce la plénitude de ses fonctions. »

Cette opinion nous paraissait la plus raisonnable, et d'ailleurs, la place qu'il occupait alors mettait Legraverend à lieu de connaître ce qu'on pensait au ministère de la justice sur cette importante question. Cependant, comme il ne citait aucune autorité, nous avons cru devoir nous assurer d'une manière positive de la jurisprudence de la cour de cassation. Nos illustres compatriotes, Gandon et Ruperou, conseillers à cette cour, ont bien voulu nous éclairer de leurs lumières, et nous communiquer leurs recherches, qui ne laissent aucun doute sur l'opinion de Legraverend. Nous donnons en note le résultat de ces recherches (6).

208. L'art. 510 du Code de procédure porte

(1) *Voy.* le *Répert.*, v° *Prise à partie.*

(2) On peut les voir citées dans le *Répert. de jurisp.*, v° *Prise à partie.* § 2, n° 2.

(3) V° *Prise à partie,* p. 789, col. B., 4e édit.

(4) T. 1, p. 710.

(5) En Belgique, la prise à partie doit être portée devant la cour de cassation. (Loi du 4 août 1832, art 15.)

(6) Vers la fin de 1813, un sieur Billard, avocat, adressa au procureur général, titulaire de la haute cour, une plainte en prise à partie, dirigée contre la chambre civile de la cour royale d'Aix. Aucune suite n'ayant été donnée à cette plainte, Billard écrivit à M. le garde des sceaux pour lui demander quelle marche il devait suivre pour exercer son action. Le 28 novembre 1814, M. Dambray écrivit à Merlin, procureur général à la cour de cassation, ce qui suit :

« .. L'examen de la demande du sieur Billard m'a » conduit à reconnaître que la cour de cassation n'a » jamais été véritablement dessaisie du droit que lui » confère la loi de 1790 (27 novembre) de juger les » demandes en prise à partie contre un tribunal entier. » Il est vrai que le sénatus-consulte du 28 floréal an XII... » plaçait dans les attributions de cette haute cour le » jugement des prises à parties encourues *par les cours » de justice civile et criminelle;* mais cette conception » est demeurée imparfaite. La haute cour n'est point » entrée en fonctions : elle n'a pas même reçu le complément des dispositions que le sénatus dont il s'agit » déclarait nécessaires à son action. La haute cour n'a

qu'aucun juge « ne pourra être pris à partie « sans permission préalable du tribunal devant « lequel la prise à partie sera portée. »

Cette disposition est conforme à nos anciens usages, qui ne permettaient pas d'intimer aucun juge en son propre et privé nom, ou de le

---

» donc jamais existé; et cependant la cour de cassation » n'a pas dû cesser de conserver des attributions indis- » pensables à l'ensemble et à la régularité des mouve- » ments du pouvoir judiciaire. Le parquet de la haute » cour paraît avoir eu un fantôme d'existence; mais, » outre que cette partie isolée n'aurait pu agir sans le » corps auquel elle appartenait, elle n'a pu elle-même » être organisée. Le *tribunat*, qui était au nombre des » éléments qui devaient entrer dans sa composition, » ayant été détruit par le sénatus-consulte du 20 août » 1807, il y a deux choses incontestables en fait et en » principe : la première, qu'il n'y a point eu de haute » cour, et la seconde, que jusqu'à l'organisation annon- » cée, mais vainement attendue, de ce tribunal, la cour » de cassation est restée nécessairement investie de la » compétence des prises à partie. L'état des choses est » encore aujourd'hui le même, puisque la cour de cas- » sation est maintenue en vertu de l'art. 59 de la charte, » et qu'elle exerce la plénitude de ses fonctions. Telle est » la décision que j'ai donnée au sieur Billard. Je vous » la fais connaître, M. le procureur général, afin » qu'elle serve de règle à la cour de cassation et aux » officiers du ministère public près d'elle, soit dans » l'affaire du sieur Billard, soit dans toutes celles de » même nature qui peuvent se présenter.

» Je suis, etc. »

Réponse de Merlin, le 5 décembre 1814 :

« Monseigneur,

» J'ai reçu la lettre que Votre Grandeur m'a fait l'hon- » neur de m'écrire le 28 novembre, au sujet de la com- » pétence de la cour de cassation, pour la connaissance » des demandes en prise à partie, formées contre une » cour entière, soit civile, soit criminelle. Je l'ai com- » muniquée, le 1er de ce mois, à la section des requêtes, » le 2, à la section criminelle, et aujourd'hui à la sec- » tion civile. Les trois sections ont remarqué avec » plaisir que la décision de Votre Excellence, sur cet » objet important, était en parfaite harmonie avec le » principe de la jurisprudence qu'elle avait adoptée » sur des questions de la même nature, qu'avaient fait » naître le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, et le » défaut d'organisation de la haute cour créée par ce » sénatus-consulte.

» Je suis, etc. »

On voit par cette lettre, écrite en 1814, que Merlin avait abandonné l'opinion émise dans son *Répertoire* (édit. Tarlier), imprimé en 1829.

La question se présenta dès le 12 décembre 1814, époque à laquelle le sieur Selves et son épouse présentèrent à la cour de cassation, section des requêtes, une demande en prise à partie contre la cour d'appel de Paris, et contre les tribunaux de première instance de Paris et de Melun. Ils exposèrent que cette demande avait été formée dès 1812, et adressée à la haute cour dont le parquet était installé, mais n'avait pu agir, parce que cette haute cour n'était pas complétement organisée; que le nouvel état de choses était tel, que non-seulement elle ne pouvait plus l'être, et qu'encore le gouvernement actuel, par une circulaire (on ne l'a pas trouvée), et la cour de cassation elle-même, dans des arrêts, avaient expliqué qu'en exécution des lois de novembre 1790 et de ventôse an VIII, c'était à la cour de cassation que les prises à partie devaient maintenant être portées.

Le 15 juillet 1815, la section des requêtes rendit un arrêt portant :

« En ce qui touche la demande en disjonction des » chefs de prise à partie susceptibles d'être poursuivis » *par action civile*, d'avec ceux qui peuvent être dé- » noncés directement à la cour de cassation, et pour- » suivis *par action publique* : — Attendu que de la de- » mande en disjonction, il résulte que les demandeurs » n'ont pas entendu dénoncer à la cour aucuns faits » susceptibles d'être poursuivis *par action publique*, et » que le procureur général n'a requis la poursuite » d'aucuns faits de la qualité sus-énoncée, et qu'il y a » lieu, en conséquence, de la part de la cour, de s'oc- » cuper exclusivement des faits dénoncés, et qui sont » susceptibles d'être poursuivis *par action civile* ; — » La cour, sans rien préjuger sur les prétendus chefs » de prise à partie qui donneraient lieu *à une action* » *publique*, disjoint; — Et faisant droit sur les chefs » de prise à partie qui donneraient lieu *à une action* » *civile* ; — Sur le premier moyen, tiré d'un prétendu » déni de justice, attendu... La cour rejette tant la de- » mande en prise à partie, que la demande en renvoi » pour cause de suspicion légitime; condamne les de- » mandeurs à l'amende, etc. »

Par deux requêtes présentées à la section des requêtes, les 22 août et 10 novembre 1815, les mariés Selves insistèrent, sous différents prétextes, dans leur demande de prise à partie; mais la cour de cassation, par un nouvel arrêt du 14 décembre 1815, attendu que cette demande avait été définitivement rejetée par l'arrêt du 15 juillet précédent, déclara les mariés Selves non recevables, en vertu de la règle : *Non bis in idem*, développée dans l'article 39 du titre 4 du règlement de 1738, etc.

Ainsi, voilà deux arrêts qui doivent d'autant mieux fixer la jurisprudence, qu'ils sont conformes aux principes raisonnables établis dans la lettre de M. Dambray. On ne doit donc plus douter que c'est à la cour de cassation qu'il faut porter les demandes en prise à partie contre un tribunal, ou contre une chambre des cours royales.

Mais est-elle également compétente pour connaître des prises à partie formées contre l'un de ses membres, ou contre l'une de ses sections?

L'affirmative est établie, avec toute la force de la raison, dans un rapport de Zangiacomi, conseiller d'État et de la cour de cassation, l'un des hommes dont les lumières et les mœurs honorent le plus la magistrature.

Le sieur Revel déposa, en 1821, à la chambre des pairs, une pétition, afin d'obtenir l'autorisation de prendre à partie *la section des requêtes de la cour de cassation*. La chambre des pairs renvoya cette pétition au garde des sceaux. Un comité fut nommé, et Zangiacomi en fut le rapporteur.

Voici l'extrait de son rapport :

« Le comité observe qu'aux termes des lois des 27 no- » vembre 1790 et 2 brumaire an IV, toutes les demandes » en prise à partie, contre quelques magistrats qu'elles » fussent dirigées, devaient être portées devant la cour » de cassation, et jugées par elle. Ainsi, cette cour était » seule compétente pour prononcer sur ces sortes d'ac- » tions, alors même qu'elles étaient intentées contre ses » propres membres. Le Code des délits et des peines, » publié en l'an IV, changea cet ordre de choses : il » portait, art. 466, que les prises à partie ne peuvent » être exercées qu'avec l'autorité du corps législatif, » et que le décret qui permettrait de former cette de- » mande indiquerait pour la juger un tribunal civil ou

prendre à partie, sans en avoir auparavant obtenu la permission de la cour du parlement. « C'est à elle seule qu'il appartient de donner » aux parties la liberté d'attaquer leurs propres » juges, et elles doivent garder un silence res- » pectueux sur la conduite des ministres de la » justice, jusqu'à ce que la justice elle-même » ouvre la bouche à leurs plaintes, » disait d'Aguesseau (1) dans un réquisitoire par lequel il provoquait un règlement qui imprimât le sceau de l'autorité à l'usage établi de ne point admettre les demandes en prise à partie, sans une permission préalable.

209. C'est de ce même règlement qu'est emprunté l'art. 512, qui porte : « Il ne pourra » être employé aucun terme injurieux contre » les juges, à peine, contre la partie, de telle » amende; et contre son avoué, de telle injonc- » tion ou suspension qu'il appartiendra. »

« Que les plaideurs, disait d'Aguesseau (2), » se contentent de jouir de la liberté que l'ordre » public leur accorde, de faire descendre leur » juge de son tribunal, et de le rendre égal à » eux, en l'obligeant à devenir leur partie; » mais qu'ils respectent toujours le caractère, » dans le temps même qu'ils croient avoir le » droit de se plaindre de la personne, et qu'ils » n'oublient jamais que celui qu'ils attaquent a » été autrefois leur juge, toujours digne de » respect par l'honneur qu'il a de porter ce nom, » quand même il aurait été assez malheureux » pour en abuser. »

210. La permission d'intimer le juge, pour le prendre à partie, s'obtient sur une requête qui doit être signée de la partie, ou de son fondé de procuration authentique et spéciale, laquelle doit être annexée à la requête, ainsi que les pièces justificatives, s'il y en a, à peine de nullité. (Art. 511.)

Si donc la demande de prise à partie est fondée sur un déni de justice, il faut annexer à la requête les deux sommations prescrites par l'article 507. Si elle est fondée sur une responsabilité imposée au juge par la loi, il faut joindre à la requête le jugement d'où résulte la responsabilité. Par exemple, si un jugement prononce

---

» criminel, suivant la nature de l'affaire. La cour de » cassation perdit, d'après cette loi, la juridiction qu'elle » avait eue jusqu'alors sur ses membres; mais elle lui » fut rendue bientôt après, par la loi du 27 ventôse » an VIII, portant, art. 60 : « La première section statuera » sur l'admission ou le rejet des requêtes en cassation » *ou en prise à partie*... La seconde prononcera définitivement sur les demandes en cassation *ou en prise à* » *partie*, lorsque les requêtes auront été admises. » » D'après cette loi, comme d'après celles des 27 novembre 1790 et 2 brumaire an IV, la cour de cassation dut » juger les prises à partie formées contre tous les magistrats, et par conséquent contre ses propres membres; mais un sénatus-consulte du 28 floréal an XII » créa une haute cour composée de sénateurs, etc., à » laquelle il donna le pouvoir de connaître (art. 101, » n° 7)... des forfaitures et prises à partie qui peuvent » être encourues par une cour d'appel, une cour de » justice criminelle, ou par des membres de la cour de » cassation.

» Le Code de procédure, publié sous l'empire de cet » acte de floréal an XII, en rappelle les dispositions et » les confirme. Il paraît que le sieur Revel s'imagine » que la haute cour, créée par le sénatus-consulte, est » maintenant remplacée par la chambre des pairs, à » laquelle il croit pouvoir, en conséquence, adresser sa » demande en prise à partie. Mais c'est là une erreur » évidente; car il est hors de doute que la chambre des » pairs ne tient ses pouvoirs d'aucun acte de l'ancien » gouvernement; qu'elle ne représente sous aucun rapport le sénat, et que si, aux termes de l'art. 33 de la » charte, elle peut se former en cour de justice, c'est » uniquement pour connaître des crimes de haute trahison, etc... objet tout à fait étranger aux prises à » partie. Mais à quelle autorité le sieur Revel peut-il » adresser sa demande?

» On peut dire, d'une part, qu'il n'y en a aucune qui » puisse maintenant en connaître, puisque le pouvoir » que la cour de cassation avait reçu de la loi de ventôse an VIII lui a été enlevé par l'acte de l'an XII, et » que la haute cour, à qui ce pouvoir a été transmis, » n'existe plus. Dans ce système, il y aurait dans la législation actuelle une lacune qui ne pourrait être » remplie que par une loi.

» Mais on peut dire, d'autre part, que si l'acte de » floréal an XII a dessaisi la cour de cassation de la » compétence qu'elle a naturellement en cette matière, » ç'a été uniquement pour en saisir la haute cour, et » que ces deux dispositions sont corrélatives; en telle » sorte que l'abrogation de l'une entraîne l'abrogation » de l'autre. Dans ce système, la suppression de la haute » cour replace de plein droit les choses dans l'état où » elles étaient avant floréal an XII, c'est-à-dire, sous » l'empire de la loi de ventôse an VIII, suivant laquelle » la cour de cassation peut seule prononcer sur les » prises à partie contre ses membres. A l'appui de ces » réflexions, on observera que, suivant l'acte de floréal » an XII et le Code de procédure, il en était des prises » à partie contre *les cours royales*, comme de celles » contre *les membres de la cour de cassation*; que les » unes et les autres doivent être portées à la haute cour. » Si donc il était reconnu que la cour de cassation peut » aujourd'hui juger les cours royales prises à partie, » elle pourrait, par la même raison, juger ceux de ses » membres qui sont poursuivis par cette action. »

Zangiacomi rappelle ce qui a été jugé par la cour de cassation dans l'affaire des mariés Selves, et conclut ainsi :

« Fondé sur cet arrêt et sur les considérations ci- » dessus exposées, le comité est d'avis que la demande » en prise à partie contre les membres de la cour de » cassation doit être portée devant cette cour même, » bien entendu dans une autre section que celle des » requêtes, qui est attaquée. »

Cet avis fut présenté, à la fin de 1821, au garde des sceaux, de Serre, qui l'approuva.

Le sieur Revel eut de nouveau recours à la chambre des pairs, pour se plaindre de la décision du ministre de la justice. Au nom du comité des pétitions, le duc de Saint-Aignan observa que la marche indiquée par le garde des sceaux au sieur Revel est la seule qu'admette l'état actuel de la législation. Il proposa l'ordre du jour, qui fut adopté par la chambre. *Voy.* le *Moniteur*, 1822, p. 127.

(1) T. 1 de ses OEuvres, p. 250.

(2) *Ubi supra.*

la contrainte par corps, hors les cas prévus par la loi, il faut, pour prendre le tribunal à partie, comme le permet l'article 2063 du Code civil, joindre à la requête le jugement qui prononce la contrainte.

Mais si la demande est fondée sur le dol, la fraude ou la concussion, il n'est pas nécessaire d'annexer à la requête, s'il n'en existe point, les preuves écrites de ces faits : il suffit de les articuler clairement, et s'ils sont trouvés pertinents, la demande est admise, sauf à en ordonner la preuve par témoins; s'il en était autrement, il serait impossible de provoquer la punition d'un juge prévaricateur.

211. Avant de former la demande de prise à partie, il faut bien s'assurer que les motifs sont suffisants, et qu'il en existe des preuves; car, si les magistrats supérieurs vengent avec éclat la dignité de la magistrature, blessée par la prévarication d'un juge, la loi leur ordonne de punir le plaideur qui, sans motifs légitimes, aurait cherché à noircir la réputation d'un juge honnête par une demande frivole ou injurieuse de prise à partie.

L'art. 513 du Code de procédure porte que : « Si la requête est rejetée, la partie sera con» damnée à une amende qui ne pourra être » moindre de 300 francs, sans préjudice des » dommages et intérêts envers les parties, s'il » y a lieu. »

L'amende peut donc s'élever au-dessus de 300 fr., et cela sans préjudice des dommages et intérêts envers les autres parties, s'il y a lieu, c'est-à-dire si la demande de prise à partie leur a causé du préjudice, par exemple, si, étant formée dans le cours de l'instance, elle en a retardé le jugement.

De plus, si le demandeur avait, dans sa requête, attaqué l'honneur du juge, la cour pourrait, en rejetant la demande, accorder d'office une réparation au juge offensé, en faisant des injonctions au demandeur d'être plus circonspect, en supprimant la requête, la déclarant calomnieuse, et en ordonnant l'impression et l'affiche du jugement, en vertu de la faculté générale que donne à tous les tribunaux l'article 1036 du Code de procédure.

Enfin, le juge offensé pourrait, à l'exemple du juge injurieusement récusé en vertu de l'article 390, demander une réparation et des dommages et intérêts.

212. Ajoutez que la présomption étant toujours en faveur du juge, la décision doit être aussi en sa faveur et la demande rejetée, s'il existe du doute sur le point de savoir si la prise à partie est bien ou mal fondée.

213. La prise à partie, quoique placée dans le Code de procédure sous la rubrique *des Voies extraordinaires pour attaquer les jugements*, n'est point, comme la requête civile et la tierce opposition, un pourvoi contre le jugement, afin de le faire rétracter; c'est une action ouverte, dans les cas prévus par la loi, soit contre un tribunal entier, soit contre un juge, en réparation du dommage qu'il peut avoir causé par abus de son ministère; mais le succès de la prise à partie peut devenir un moyen de faire annuler un jugement.

214. L'art. 505, n° 1, dit que « les juges peuvent être pris à partie, s'il y a dol, fraude ou concussion, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors du jugement. » Ainsi, la prise à partie peut être demandée avant ou après le jugement: elle l'est même nécessairement auparavant, si elle est fondée sur un déni de justice.

Dans ces cas, il est bien évident qu'elle n'est point un pourvoi contre un jugement, puisqu'il n'en existe point encore.

215. Si elle est demandée après le jugement rendu, le jugement n'est point annulé par le seul fait de l'arrêt qui déclare la prise à partie bien fondée, parce que ce jugement a conféré, à la partie qui l'a obtenu, un droit acquis dont elle ne peut être dépouillée sans avoir été entendue.

216. Mais le demandeur en prise à partie peut-il l'intimer, pour faire réformer le jugement contradictoirement avec elle?

Il y a sur cela plusieurs distinctions à faire. Il faut examiner d'abord quel est le fait qui motive la prise à partie; ensuite si celui qui a obtenu le jugement est ou n'est pas complice de ce fait, par exemple du dol ou de la concussion.

217. S'il en est complice, il y a de sa part dol personnel : on peut donc appeler du jugement contre lui pour cause de dol, et intimer en même temps le juge, pour le faire déclarer bien pris à partie. L'appel, comme on voit dans cet exemple, n'est point fondé sur la prise à partie.

L'expiration du délai de l'appel dans les cas ordinaires ne pourrait être opposée dans ce cas particulier. Le délai ne courrait que du jour de la découverte du dol qui motive tant la prise à partie que l'appel; et cela, dit fort bien Pigeau, tome 1, p. 715, par argument de l'art. 448 du Code de procédure, qui, en matière de faux et de rétention de pièces, ne fait courir le délai de l'appel que du jour de la découverte. Cette disposition, qui n'est point limitative, doit s'appliquer à tous les autres cas de dol, parce qu'elle est juste et conforme au principe général consacré par l'art. 1304 du Code civil, qui ne fait courir le délai pour se pourvoir que du jour de la découverte du dol, par la raison qu'on ne peut agir avant cette découverte.

Si le jugement est en dernier ressort, on peut se pourvoir en requête civile pour dol personnel, suivant l'art. 480, n° 1; et l'art. 488 ne fait courir le délai que du jour de la découverte du dol.

218. Si la partie qui a obtenu le jugement n'est pas complice du dol ou de la concussion, comme si le juge avait agi de son propre mouvement, par esprit de parti, pour satisfaire une haine personnelle, ou pour céder aux instances ou à l'influence d'un tiers, le demandeur en prise à partie qui aurait laissé expirer les délais ne pourrait, si, en écartant le juge pris à partie, les autres restaient en nombre suffisant, se pourvoir ni par appel, ni par requête civile, parce que le dol d'un tiers n'y donne pas ouverture.

Mais si, en écartant le juge pris à partie, il en résultait que les juges ne fussent pas en nombre suffisant pour juger conformément à la loi du 27 ventôse an VIII, sur l'organisation des tribunaux, dont l'art. 16 exige plusieurs juges pour les tribunaux de première instance, et l'art. 27, sept juges pour les arrêts des cours d'appel, on pourrait se pourvoir par appel pour cause de nullité de jugement, à raison de la violation des formes; et si le jugement était en dernier ressort, il y aurait ouverture à la requête civile, pour violation des formes lors du jugement, suivant l'art. 480, nº 2, du Code de procédure.

Si les délais de la requête civile étaient expirés, Pigeau, *ubi supra*, p. 706, pense qu'ils reprendraient leur cours du jour de l'arrêt rendu sur la prise à partie, par argument des art. 448 et 488, comme dans le cas du dol résultant des pièces fausses, ou de rétention frauduleuse de pièces par l'autre partie. Cette opinion ne nous paraît pas fondée, parce que, dans le cas proposé, le dol étant le fait d'un tiers, le demandeur en prise à partie ne peut s'en faire un moyen contre la partie qui n'y a point participé.

C'est une conséquence du principe général suivi à l'égard des conventions : si le dol vient d'un tiers, sans collusion, sans complicité de l'autre partie, le contrat subsiste et ne peut être rescindé ou annulé, sauf à la partie trompée à poursuivre l'auteur du dol, pour le faire condamner à payer l'indemnité qui lui est due (1); de même, le juge qui commettrait un dol, sans aucune complicité de celui qu'il favorise, devrait être pris à partie, et condamné à tous les dommages et intérêts soufferts par la partie lésée; mais le jugement subsisterait au profit de la partie favorisée par un dol auquel elle n'a participé en aucune manière, à moins qu'il n'existât d'autres moyens pour le faire réformer.

219. Si la prise à partie était fondée sur une responsabilité personnellement imposée aux juges : par exemple, si un tribunal avait prononcé la contrainte par corps, hors le cas où la loi permet de la prononcer, l'art. 2063 du Code civil le rend responsable des dommages et intérêts. La partie lésée pourrait donc appeler de ce jugement contre celui qui l'a obtenu, et demander en même temps à prendre à partie le juge ou le tribunal qui l'a rendu; mais s'il avait laissé passer le délai d'appel, le jugement subsisterait, et aurait acquis la force de la chose jugée. Il ne lui resterait que son action en prise à partie, pour ses dommages et intérêts, contre ce tribunal; action qui est indépendante de l'appel, car le jugement peut être bien rendu au fond, quoique la condamnation par corps soit injuste et illégale.

Si le jugement qui a prononcé la contrainte par corps, hors les cas où la loi la permet, était en dernier ressort, il serait cassé pour excès de pouvoir et contravention à la loi, et le demandeur pourrait en même temps demander la prise à partie contre la cour qui l'aurait rendu.

S'il n'existait pas, contre ce jugement, d'autre moyen de cassation que la contravention à la défense de prononcer la contrainte par corps, hors les cas où la loi la permet, la cour de cassation n'annulerait (2) que la disposition du jugement relative à la contrainte par corps; le surplus subsisterait. Mais, comme le pourvoi en cassation ne suspend point l'exécution des jugements, la partie lésée pourrait, avant et même après la cassation, demander à la cour royale du ressort la prise à partie contre le tribunal qui avait prononcé illégalement la contrainte, afin de la faire condamner de payer les dommages et intérêts qui lui sont dus.

220. Il nous reste à voir quelles sont, à l'égard du juge, les suites de la prise à partie. Le Code de procédure ne contient, sur ce point, aucune disposition explicative et générale; mais l'article 505, nº 3, semble indiquer l'étendue de leur responsabilité, en disant que les juges peu-

(1) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 3 (VI, éd. fr.), nº 93.

(2) Telle est la jurisprudence de la cour de cassation. Lorsqu'un jugement déféré à la censure contient plusieurs dispositions, dont une seule est contraire à la loi, la cour de cassation n'annule que cette disposition, elle maintient les autres. *Voy.* l'arrêt du 15 janvier 1806, Sirey, 1806, 1re part., p. 192.

Il s'agissait d'un jugement du tribunal de commerce de Mâcon, qui avait prononcé la contrainte par corps pour payement d'un reste de société, et qui l'avait étendue à trois autres sommes dues pour prêt.

La cour, « considérant qu'aucune loi ne prononce la contrainte par corps, à l'égard des obligations qui dérivent de prêts, et qu'ainsi le tribunal de commerce de Mâcon a commis un excès de pouvoir, en étendant la contrainte aux trois sommes rappelées;

» Mais considérant que les autres dispositions de son jugement sont inattaquables;

» Casse et annule, dans ce jugement, la disposition qui étend la contrainte par corps au payement de ces trois sommes. »

Il y a d'autres arrêts rendus dans les mêmes principes. Voy. le *Dictionnaire des arrêts modernes*, vº *Cassation*, nº 109. *Voy.* celui du 20 janvier 1807, Sirey, t. 7, p. 49 et suiv.

vent être pris à partie dans les cas où la loi les déclare responsables, *à peine de dommages et intérêts*. En effet, la prise à partie n'est point une action pénale dont l'objet soit de faire prononcer une peine, une amende contre le juge, comme l'ordonnait Justinien, novelle 124, cap. 2, en cas de corruption. C'est une action civile, établie pour donner à la partie lésée le moyen d'obtenir la réparation du dommage que lui a causé le juge en abusant de son ministère.

221. Mais à quels dommages et intérêts est-il tenu? Le droit romain faisait sur cela une distinction très-équitable dans les principes de cette législation. Si l'on ne pouvait reprocher au juge aucun dol, mais seulement de l'impéritie, de l'ignorance, de l'imprudence, l'estimation de l'indemnité était abandonnée à l'arbitrage du juge devant lequel l'action était portée: *Quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, et utrique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.* (Pr. Instit. *de oblig. quæ ex quasi delicto*, etc., 4. 5.)

222. Mais si l'on pouvait prouver que le juge était coupable du dol, qu'il avait prononcé par faveur, par haine, par corruption ou avarice, par ambition, *per ambitionem*, pour complaire à l'autorité, alors il était tenu de payer à la partie lésée, non pas seulement l'estimation du dommage souffert, toujours difficile à arbitrer, mais la valeur entière de ce qui faisait l'objet du procès, *veram litis æstimationem* (1).

Cette distinction était sage dans une législation qui rendait les juges indéfiniment responsables, non-seulement de leurs fautes, mais encore de leur impéritie, et qui les obligeait de venir soutenir leurs jugements en cause d'appel.

223. Mais nous avons vu *supra*, n° 186, que cette rigueur injuste et impolitique était, depuis longtemps, bannie de notre législation. La responsabilité des juges ne s'étend plus aux fautes qu'ils commettent par ignorance et impéritie; elle est resserrée à un petit nombre de cas dans lesquels seuls ils peuvent être pris à partie. Ainsi, pour connaître à quelle indemnité ou à quels dommages et intérêts les assujettit leur responsabilité, il faut examiner chacun de ces cas en particulier; car cette indemnité ne saurait être la même dans tous les cas.

224. Commençons par le déni de justice; c'est l'un des cas où le juge peut être pris à partie, et où, par conséquent, il est soumis à des dommages et intérêts. Mais en quoi doivent-ils consister? Il est évident que ce ne peut être dans la valeur de l'objet du procès, *in vera litis æstimatione*, puisque, nonobstant le retardement injuste de juger, qui d'ailleurs n'a pas nui à la force de ses moyens, le demandeur pourra, s'ils sont justes et bien fondés, obtenir gain de cause en définitive : il ne peut donc exiger que l'indemnité des pertes, qui sont les suites de ce retardement. Pour les connaître, il faut recourir à la règle générale, sur la fixation des dommages et intérêts (2), et distinguer les pertes qui sont la suite immédiate du retardement de juger, de celles dont il n'a été que l'occasion ou la cause éloignée.

Par exemple, le séjour prolongé qu'il a été obligé de faire dans la ville où il a un procès, loin de ses affaires et de son domicile, a constitué le plaideur dans des dépenses souvent très-considérables. Ces dépenses sont la suite immédiate de l'injuste retardement du juge, dont il doit incontestablement l'indemnité (3). C'est le *damnum emergens*.

Il doit encore indemniser le demandeur en prise à partie des pertes immédiates que son absence prolongée lui a causées. Par exemple, un chef d'atelier qui gagne tant par jour ou par semaine, a perdu son salaire par l'injuste retardement de juger ou de rapporter une affaire en état, ou de répondre une requête : le juge pris à partie doit donc indemniser l'artisan de cette perte. C'est le *lucrum cessans*. Enfin, il doit les frais de sommations nécessaires pour constater son déni de justice.

Mais il ne devra pas l'indemnité des pertes qui n'ont été que la suite éloignée du retardement de juger et du séjour forcé du demandeur hors de son domicile, non plus que celles que celui-ci pourrait éprouver pour avoir reçu plus tard la somme qui faisait l'objet du procès, et qu'il destinait à une entreprise lucrative qu'il a manquée, ou à rembourser un créancier qui a fait saisir ses biens ou protester une lettre de change.

225. Voyons maintenant quels doivent être les dommages-intérêts dans les cas où la loi rend les juges responsables; par exemple, si la prise à partie est fondée sur l'art. 2063, qui défend aux juges de prononcer la contrainte par corps, hors les cas déterminés par la loi, *à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts*.

Les juges pris à partie en vertu de cet article ne doivent pas être tenus de payer la valeur entière du procès, *veram litis æstimationem;* car le jugement peut être bien rendu au fond, quoique la disposition qui condamne par corps

(1) L. 15, § 2, ff. *de judiciis*, 5, 1; L. 2, Cod., *de pœna judicis qui male judicavit. Voy.* Pareze et Corvin sur cette dernière loi, et Voet sur le titre du Digeste *de judiciis*, n° 38.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 3 (VI, éd. fr.), nos 279 et 286.

(3) *Voy.* Voet, in tit. ff. *de judiciis*, n° 56.

soit illégale et nulle. Les juges ne doivent donc payer que l'indemnité du préjudice qu'a éprouvé la partie condamnée par corps; et cette indemnité est peu considérable, si le jugement est sujet à l'appel; car le condamné peut en arrêter l'effet, en se portant de suite appelant.

Dans ce cas, les dommages-intérêts ne peuvent guère consister que dans les frais de la procédure d'appel et de l'arrêt de réformation, ainsi que dans les dépenses de l'appelant pour aller suivre l'appel et le faire juger. Ce sont des suites nécessaires de la faute des premiers juges.

Si la partie condamnée n'avait pas seulement relevé appel de la disposition qui prononce le par corps, mais encore de celle qui prononce sur le fond, et que cette disposition fût confirmée, les premiers juges ne devraient être condamnés qu'aux frais de la demande en prise en partie, qui seraient arbitrés par la cour d'appel où elle serait portée.

Mais si le jugement qui a prononcé illégalement la contrainte par corps était en dernier ressort, les dommages et intérêts pourraient être beaucoup plus considérables; car le pourvoi nécessaire pour le faire casser, n'étant point suspensif, il serait possible qu'en attendant la cassation, le condamné eût été constitué prisonnier, ou tout au moins qu'il eût été forcé de se cacher pour éviter l'emprisonnement. Au premier cas, il serait dû des dommages-intérêts, à raison de l'atteinte indûment portée à la liberté individuelle, et par argument de l'art. 117 du Code pénal. Ajoutez à cela les dépenses et les faux frais de la partie lésée, qui peut même s'être transportée à Paris pour suivre son pourvoi et le faire juger. Au second cas, l'individu forcé de se cacher a pu faire des pertes ou profits cessants. Telles sont les considérations qui doivent, ce nous semble, guider les magistrats dans la fixation des dommages et intérêts.

226. Voici un cas où le juge pris à partie peut être condamné à la valeur entière du procès, *in veram litis æstimationem*. L'art. 15 du Code de procédure porte que si le juge de paix ordonne un interlocutoire, la cause doit être jugée définitivement, au plus tard dans les quatre mois du jour de ce jugement, faute de quoi l'instance est périmée de droit. L'article ajoute que si la péremption est arrivée par la faute du juge de paix, il est soumis aux *dommages et intérêts*.

Sans doute, comme l'a très-bien dit notre docte confrère et ami, Carré, sur cet article, l'instance seule est périmée, et l'action peut être renouvelée, si elle n'est pas prescrite. Alors, les dommages et intérêts ne consistent que dans les frais de la demande et de l'instance périmée.

Mais si l'action se trouvait éteinte par le concours de la prescription et de la péremption, ce qui peut facilement arriver dans le cas des courtes prescriptions de six mois ou d'un an, établies par les articles 2271 et 2272 du Code civil, alors, le préjudice causé par la faute du juge de paix se trouvant irréparable, il devrait être condamné à une somme égale à la valeur du procès, outre les dépens.

Cependant, si la cour où serait portée la demande en prise à partie trouvait que l'action n'était pas fondée, elle devrait rejeter la prise à partie.

Et de plus, comme les courtes prescriptions n'empêchent point le demandeur de déférer le serment à ceux qui les opposent, si le juge de paix se défendait de payer la somme qui était l'objet du procès, sous le prétexte que ce serment n'a pas été déféré, la cour devrait ordonner, avant de faire droit, qu'il sera déféré à ses risques et périls.

227. L'art. 114 du Code pénal rend encore responsables tous les fonctionnaires publics et, par conséquent, les juges qui auront ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire, soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens.

Et l'article 119 rend aussi responsables des dommages et intérêts « les fonctionnaires publics chargés de la police administrative ou judiciaire, qui auront refusé ou négligé de déférer à une réclamation légale, tendant à constater les détentions illégales et arbitraires, soit dans les maisons destinées à la garde des détenus, soit partout ailleurs, et qui ne justifieront pas les avoir dénoncées à l'autorité supérieure. »

Dans ces deux cas, suivant l'article 117 du même Code pénal, « les dommages et intérêts seront demandés, soit sur la poursuite criminelle, soit par la voie civile, et seront réglés eu égard aux personnes, aux circonstances et au préjudice souffert, sans qu'en aucun cas, et quel que soit l'individu lésé, lesdits dommages-intérêts puissent être au-dessous de 25 fr. pour chaque jour de détention illégale et arbitraire, et pour chaque individu. »

Nous avons vu *supra*, n° 191, que la cour de cassation, par arrêt du 25 juillet 1806, avait condamné un directeur de jury à 6,000 fr. de dommages et intérêts envers le sieur B***, avocat, contre lequel il avait indûment décerné un mandat d'arrêt, qui cependant n'avait pas été exécuté, parce qu'il donna caution, mais qui donna lieu à une procédure, suivie d'un jugement, dont l'un des considérants blessait l'honneur du sieur B***.

On ne peut être trop sévère envers les magistrats qui portent des atteintes à la liberté individuelle des citoyens, parce que c'est d'eux et des fonctionnaires dans l'ordre administratif que ces atteintes sont le plus à redouter. Malheureusement, ces derniers trouvent presque toujours moyen de se mettre à l'abri de la responsabilité, sous l'égide de l'art. 75 de la fameuse constitution de l'an VIII, que l'on prétend encore en vigueur, et qui ne permet pas de poursuivre

un agent du gouvernement sans l'autorisation du conseil d'État.

228. Passons aux dommages et intérêts dus dans les cas où la prise à partie est expressément autorisée par la loi. On n'en trouve d'exemples que dans six articles du Code d'instruction criminelle, savoir : art. 77, 112, 164, 271, 370 et 393.

L'art. 77 l'autorise, *s'il y a lieu*, en cas d'inobservation des formalités prescrites pour les trois articles précédents, pour la déposition des témoins. L'omission de quelques-unes de ces formalités pourrait causer du préjudice au prévenu ou à la partie civile, suivant les circonstances qu'il est difficile d'indiquer.

L'art. 112 autorise la prise à partie, en cas d'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, de dépôt, d'amener ou d'arrêt. Les mandats illégaux peuvent devenir des moyens de porter atteinte à la liberté individuelle, et, par conséquent, donner lieu à des dommages et intérêts considérables, suivant les circonstances.

Ce cas a beaucoup d'analogie avec celui où les juges ont ordonné ou fait quelque acte arbitraire attentatoire à la liberté individuelle.

Les art. 164, 370 et 393 autorisent la prise à partie contre les juges et même contre le greffier, lorsque la minute des jugements ou arrêts n'est pas signée dans les vingt-quatre heures par les juges qui les ont rendus. Sans ces signatures, il n'y aurait point de jugement, ou, du moins, il serait impossible d'en constater l'existence : il peut donc en résulter un grand préjudice, soit pour l'accusé ou prévenu, soit pour la partie civile. Les circonstances seules peuvent faire connaître en quoi consiste le préjudice dont les magistrats règlent l'indemnité, en prononçant sur la prise à partie.

Enfin, l'art. 271 autorise la prise à partie contre le procureur du roi ou son substitut, qui, méconnaissant ses devoirs, porterait à la cour d'assises, contre un citoyen, une accusation où n'auraient pas été suivies les formes prescrites par le chapitre 1er, titre 2, livre 2 du Code d'instruction criminelle. Il est évident qu'une accusation, quoique illégalement déférée à la cour d'assises contre un citoyen, porte toujours une atteinte plus ou moins grave à la réputation de l'accusé, et donne, par conséquent, ouverture à des dommages et intérêts toujours considérables, suivant les circonstances et les personnes. C'est aux magistrats de les arbitrer, en prononçant sur la prise à partie. Sans doute, ils se montreraient sévères en prononçant sur les suites d'une faute, fruit de l'ignorance la plus crasse, ou d'une secrète envie de nuire.

229. Il nous reste à voir en quels dommages et intérêts doit être condamné le juge pris à partie pour dol, fraude ou concussion. C'est, sans contredit, le cas qui paraît mériter le plus de sévérité. Cependant, il ne paraît pas qu'il doive toujours, en ce cas, être condamné à payer la valeur entière du procès, *veram litis æstimationem*.

Sans doute, si le dol du juge a déterminé la perte du procès, comme on doit toujours le présumer, lorsque le jugement est rendu par un seul juge, par exemple, par un juge de paix, les dommages et intérêts, lorsque le préjudice est irréparable, doivent, outre les dépens, consister dans la valeur entière du procès, sans quoi le demandeur en prise à partie ne sortirait pas indemne.

Il en est encore de même si le rapporteur d'un procès avait frauduleusement soustrait à la connaissance du tribunal une pièce décisive contre l'avis qui a passé : il devrait payer la valeur entière du procès, pour dommages et intérêts, si le préjudice était irréparable; par exemple, si le jugement était rendu par une cour royale, dont le rapporteur eut soustrait la pièce sans complicité de l'autre partie, et que, sans le compter, il restât un nombre de juges suffisant pour la régularité du jugement; le dol du rapporteur ne pouvant donner ouverture ni à la requête civile ni à la cassation, il devrait être condamné à payer, pour dommages et intérêts, outre les dépens, *veram litis æstimationem*. C'est le seul moyen d'indemniser le demandeur en prise à partie.

Il faut en dire autant si le commissaire chargé de faire une enquête avait frauduleusement dénaturé les dépositions de quelques témoins, et fait perdre ainsi un procès qui devait être gagné. Dans cette espèce, la question se compliquerait nécessairement; car on ne pourrait prouver la fraude que par une plainte en faux, dont il faudrait attendre le jugement.

Mais, s'il n'était pas prouvé que le dol eût déterminé le jugement, ce serait le cas de condamner seulement le juge pris à partie *in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*. (Pr. Inst. *de obl. quæ ex quasi delicto*, etc., 4, 5.)

Par exemple, si l'un des juges avait commis une concussion dont les autres n'eussent pas été complices, en recevant une somme d'argent, alors on ne pourrait pas dire que la corruption de ce juge a déterminé le jugement, surtout si, sans le compter, les autres restaient en nombre suffisant pour la régularité du jugement. Ce jugement subsisterait donc s'il n'existait pas d'autres moyens de l'attaquer : le juge pris à partie ne pourrait donc être condamné que *in quantum religioni judicantis æquum videbitur*.

Mais s'il existait des moyens d'attaquer le jugement, le demandeur en prise à partie serait dans la nécessité de l'entreprendre, s'il voulait obtenir de plus grands dommages et intérêts. Alors, si le jugement attaqué était confirmé au lieu d'être réformé ou annulé, comme il se trouverait en définitive qu'il était bien rendu, on ne pourrait condamner le juge pris à partie à payer

la valeur de ce procès, mais seulement *quantum religioni judicis æquum videbitur*.

Et de même si le jugement était réformé, on ne pourrait condamner le juge pris à partie à payer la valeur du procès, puisque l'autre partie y serait condamnée. Des exemples rendront ceci plus sensible.

Par un jugement soumis à l'appel, un juge de paix a rejeté une demande de 200 fr., formée par Caïus. Celui-ci découvre que le juge s'est laissé corrompre en recevant une somme d'argent. Deux voies sont ouvertes à Caïus, l'appel au tribunal civil du ressort, la prise à partie, qu'il ne peut demander qu'à la cour royale, laquelle est incompétente pour connaître de l'appel d'un jugement de la justice de paix ; Caïus doit donc opter. S'il se porte appelant, le jugement sera confirmé ou réformé. S'il est réformé, Caïus, obtenant gain de cause, ne pourra plus prendre le juge de paix à partie, sous prétexte qu'il s'est laissé corrompre en recevant de l'argent. Caïus était sans intérêt pour demander à faire cette preuve, il n'y serait pas reçu.

Si le jugement est confirmé, il sera prouvé aux yeux de la loi qu'il était bien rendu. Et alors que pourrait demander Caïus? A prouver que le juge de paix a reçu de l'argent? Ce fait peut donner lieu à l'action publique, en vertu des art. 174, 177 et 183 du Code pénal, mais non pas à l'action civile, puisque Caïus n'en a souffert aucun préjudice.

Si Caïus, au lieu de se porter appelant du jugement qui a rejeté sa demande, s'adresse directement à la cour royale pour obtenir la permission de prendre à partie le juge de paix, en vertu de l'art. 505, alors de deux choses l'une : ou le procureur du roi formera l'action publique, ou il gardera le silence.

S'il garde le silence, quels dommages-intérêts Caïus pourra-t-il prétendre, en demandant à prendre le juge à partie, sans se rendre appelant, ou après avoir tacitement renoncé à l'appel, en laissant écouler le délai après lequel on n'y peut plus recourir? La prise à partie n'est point un moyen de se pourvoir contre un jugement, mais seulement une action en réparation des dommages qu'il a causés. Or, en ne demandant point la réformation du jugement par la voie ordinaire, Caïus n a-t-il pas reconnu qu'il était bien rendu, qu'il n'avait pas de grief légitime à y opposer? Il semble donc que la demande en prise à partie ne doit pas être accueillie; car il y a contradiction à ne point demander, contre celui qui a obtenu gain de cause, la réformation du jugement pour le grief qu'on en souffre, et former cependant contre le juge une action qui ne peut avoir d'autre objet que la réparation du préjudice que fait éprouver le même jugement.

Si, dans le cas proposé, le procureur du roi forme l'action publique contre le juge corrompu ou concussionnaire, l'action civile en prise à partie sera suspendue, et si, après l'arrêt qui aurait condamné le juge pour corruption ou concussion, Caïus voulait reprendre sa demande en prise à partie, pour obtenir des dommages et intérêts, il semble qu'elle ne devrait pas être accueillie; car le jugement peut être juste, quoique le juge ait été corrompu et condamné comme tel. C'est une vérité reconnue par l'article 177 du Code pénal, qui porte : « Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire qui aura reçu des dons ou présents, pour faire un acte de sa fonction, *même juste*, sera puni du carcan et d'une amende double de la valeur des choses reçues, sans qu'elle puisse être inférieure à 200 fr. » La condamnation de la personne du juge ne préjuge donc en rien la justice ou l'injustice du jugement au fond. Or, s'il est juste, le demandeur en prise à partie ne peut prétendre des dommages et intérêts, puisqu'il n'en souffre aucun préjudice : donc, s'il est mis hors d'état de prouver l'injustice du jugement, faute d'en avoir appelé, il ne peut plus avec succès prendre le juge à partie.

Supposons que le jugement rendu contre Caïus l'ait été par un tribunal de première instance, dont l'un ou plusieurs des juges ont reçu des dons. Caïus peut en même temps porter son appel et sa demande en prise à partie à la cour royale du ressort. Si le jugement est confirmé, il en résultera qu'il était bien rendu, et que les juges, quoique coupables de corruption ou concussion, ne lui ont causé aucun préjudice en le condamnant. Que peut-il donc demander autre chose que les frais de la prise à partie, et non ceux de l'appel, dans lesquels il doit être personnellement condamné? Ce n'est point la faute des juges, s'il a soutenu un appel mal fondé.

Si le jugement est réformé, l'adversaire de Caïus sera condamné à lui payer la somme demandée et aux dépens. Que pourra-t-il donc prétendre contre les juges pris à partie? Les faux frais dont il n'a pas reprise vers son adversaire, et les dépens de la prise à partie, *in quantum religioni judicantis æquum videbitur?* C'est la faute des premiers juges, s'il a été obligé de recourir à l'appel et à la demande en prise à partie.

SECTION II.

De la responsabilité du fait des personnes ou des choses qu'on a sous sa garde.

SOMMAIRE.

250. Les actions d'autrui ne peuvent nous être imputées qu'autant que nous y avons concouru, ou que nous pouvions et devions les empêcher ou les diriger.

251. Les législateurs romains respectèrent cette règle fondamentale de l'imputation des actions hu-

maines. Les actions noxales ne s'en écartaient point ; elles étaient conformes à la justice, et pourquoi ?

232. Le droit romain ne rendit point le père civilement responsable des méfaits de ses enfants.

233. L'action *de dejectis et effusis* n'est point contraire à la règle qui défend d'imputer à un autre les actions d'autrui.

234. Le maître de la maison ne répond point du dommage causé par ses hôtes, lorsqu'il est prouvé que ce sont eux qui ont jeté les choses nuisibles.

235. La responsabilité des aubergistes et hôteliers n'est point contraire à la règle ; elle est fondée sur un contrat tacite. Renvoi.

236. Ce n'est qu'en des temps de barbarie, de tyrannie, de fanatisme ou d'anarchie, qu'on a violé cette règle sacrée.

237. Exemple chez nos Francs, dans le décret de Clotaire, en 575, qui rendait les habitants d'un territoire responsables des vols et rapines qui s'y commettaient.

238. Renouvelé et rendu plus inique par la fameuse loi du 10 vendémiaire an IV, sur la police intérieure des communes.

239. Rendue un peu moins inique par la cour de cassation, qui en borna l'application aux attentats commis par des attroupements. Qu'entend-on par *attroupements ?*

240. L'assemblée constituante fut juste, en exigeant, pour la responsabilité des communes, la double condition qu'elles eussent été *averties*, et qu'elles eussent pu empêcher les attentats.

241. La loi du 4 vendémiaire an IV n'exige point ces conditions, elle étend la responsabilité à des cas où il n'y a point d'attroupements.

242. Autre exemple de l'oubli de la règle d'imputation dans un règlement du parlement de Bretagne, qui rend les communes responsables de l'abatis des fossés élevés par les afféagistes de terrains vagues.

243. Dispositions du Code sur la responsabilité des faits d'autrui. (Art. 1384.)

244. Cette responsabilité peut venir de la convention ou de la loi.

245. La convention de répondre du fait d'autrui est conforme aux principes. La convention peut être expresse ou tacite.

246. Exemple d'une responsabilité stipulée par convention expresse.

247. Les entrepreneurs, maçons, etc., répondent de leurs ouvriers, en vertu d'une convention tacite.

248. La responsabilité des hôteliers vient aussi d'un contrat tacite qui se forme, de la part d'un voyageur, en remettant ses effets dans l'hôtellerie ; de la part du maître, en les recevant.

249. Il n'est pas même nécessaire qu'ils aient été remis au maître ou à ses préposés ; il suffit qu'ils aient été transportés dans l'auberge, même à l'insu du maître.

250. Distinction de Pothier à cet égard, examinée et rejetée. Source de son erreur.

251. Les art. 1952 et 1953 du Code proscrivent cette distinction.

252. Dureté de la responsabilité des hôteliers justifiée.

253. Elle est mitigée dans la pratique par la manière de l'exercer : 1° Le voyageur doit prouver l'apport des effets, et s'il peut le prouver par témoins au-dessus de 150 francs, le juge ne doit l'admettre que suivant la qualité des personnes et les circonstances.

254. 2° Il doit en prouver la valeur, et si le juge admet son serment *in litem,* il doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle il en sera cru.

255. 3° La responsabilité ne doit pas s'étendre aux sommes d'or ou d'argent, diamants, etc., non déclarés à l'hôtelier.

256. La seule déclaration du voyageur plaignant ne suffit pas pour faire déférer le serment *in litem,* et condamner l'aubergiste.

257. Les aubergistes qui ont négligé d'inscrire sur leur registre les noms de leurs hôtes répondent civilement des délits qu'ils pourraient commettre, même hors de l'auberge, pendant leur séjour, s'il a duré plus de vingt-quatre heures.

258. Les responsabilités qui viennent de la loi ne peuvent être étendues ; elles sont contraires au droit commun.

259. Si le père doit répondre du fait de ses enfants, et quand.

260. Responsabilité du père trop étendue sous l'ancienne jurisprudence.

261. Bornée, par l'art. 1384, au cas où le père a pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. Conditions de cette responsabilité.

262. C'est au père de prouver qu'il n'a pu empêcher le fait.

263. L'excuse de l'impossibilité ne serait pas admise, si elle avait été précédée d'une faute du père, sans laquelle ne serait point arrivé le fait qui a causé le dommage. Exemple.

264. Développement sur cette excuse. La faute la plus légère peut la faire rejeter. Tout dépend de la prudence du juge.

265. Si l'enfant est placé dans une maison d'éducation, ce n'est plus le père, mais le chef de l'établissement, qui répond de ses actions. (Article 1384.)

266. Injustice palpable du décret du 15 novembre 1811, sur le régime de l'université, qui donne au chef de l'établissement un recours contre les père et mère, et les tuteurs.

267. Mais ce décret ne pouvant déroger au Code civil, il n'avait pas force de loi, même sous le gouvernement impérial, et les juges ne devraient pas admettre l'action récursoire du chef de l'établissement.

268. Un membre du conseil royal de l'instruction publique pense au contraire que si le fils, placé sous un maître d'apprentissage, causait du dommage à son père, celui-ci aurait action contre le maître. Doute sur ce point.

269. La loi inique du 17 ventôse an VIII, qui rendait le père responsable de l'amende de 1,500 francs

encourue par ses fils conscrits réfractaires, est abolie par la charte.

270. Le père ne répond pas du dommage causé par l'enfant impubère qui agit sans discernement, à moins qu'on ne prouve que l'action de l'enfant a pu être empêchée.

271. Nature de la responsabilité du père. C'est le cautionnement forcé d'une dette personnelle à l'enfant.

272. L'excuse du père n'empêchait point la partie lésée de faire condamner personnellement l'enfant, même sans appeler le père, si le dommage était causé par un délit.

273. Mais elle ne pourrait agir contre un impubère, *doli incapax*.

274. Si le père était condamné pour n'avoir pas empêché l'action d'un impubère, il ne pourrait répéter la somme qu'il a payée, et l'enfant ne serait pas tenu de la rapporter à la succession.

275. Si le père peut être condamné, pour réparation de la faute du fils, à une somme excédant la légitime de celui-ci.

276. Si, dans la réparation due par le père, est comprise la restitution des sommes volées.

277. Si la responsabilité du père cesse par l'émancipation.

278. Y a-t-il des cas où la mère soit responsable des fautes de l'enfant pendant la vie du père?

279. Les maris répondent du dommage causé par leurs femmes dans le cas des délits ruraux, mais non du dommage causé par les autres délits.

280. A moins qu'il ne soit prouvé qu'ils ont pu empêcher le dommage.

281. La mère, et non pas le père absent, répond du dommage causé par l'enfant en bas âge confié à sa garde, lorsqu'elle a pu l'empêcher.

282. Responsabilité des maîtres et des commettants. Sa nature n'est pas la même que celle de la responsabilité du père.

283. Ils ne peuvent, comme ce dernier, s'excuser sur ce qu'ils n'ont pu empêcher le dommage. Explication de l'art. 1384.

284. Le dommage causé par les domestiques ou préposés dans leurs fonctions peut l'être de deux manières, ou par l'action même qui leur est commandée, ou par la faute qu'ils ont commise en la faisant.

285. Dans ce dernier cas, le maître ou commettant a un recours contre le domestique ou préposé en faute.

286. Des fautes commises par les domestiques ou préposés hors de l'exercice de leurs fonctions. Exemples.

287. Les maîtres n'en répondent point, à moins qu'il ne soit prouvé qu'ils les avaient tolérées, et qu'ils pouvaient les empêcher.

288. Ils ne répondent point des rixes et injures verbales dont se sont rendus coupables les domestiques et préposés.

289. Ni des faits de chasse des domestiques qui ont chassé sans leur ordre.

290. En matière de contravention aux lois sur les douanes, les amendes sont, par exception, considérées comme la réparation du dommage causé à l'État, et tombent sous la responsabilité civile.

291. Les actions en responsabilité, étant purement civiles, passent contre les héritiers.

292. Elles se prescrivent avec le crime, le délit ou la contravention qui y donne lieu.

293. S'il s'agit de délits ruraux, ou d'un fait de chasse, elles se prescrivent par le laps d'un mois.

294. La responsabilié d'un fait qui n'est ni crime, ni délit, ni contravention, dure autant que l'action dont elle n'est que l'accessoire.

295. Exemple dans la responsabilité du subrogé tuteur qui a négligé de faire faire pour le mineur une inscription sur les biens du tuteur.

296. Responsabilité du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde, et d'abord du dommage causé par les animaux. (Art. 1385.)

297. Les uns causent du dommage en suivant leur instinct, *secundum naturam* : les autres en s'en écartant, *contra naturam*. Mais de quelque manière qu'il l'ait été, le maître de l'animal est tenu de le réparer.

298. Le droit romain lui permettait d'abandonner l'animal pour le dommage, ce que ne permet point le droit français.

299. Droit de saisir, de son autorité privée, les bestiaux trouvés en dommage, et *laissés à l'abandon* dans son champ, pour les mettre en fourrière.

300. Droit de tuer sur le lieu, mais hors de la présence du maître, les volailles qui causent du dommage.

301. Ce droit, quand on n'en a point usé, n'empêche pas qu'on ne puisse agir pour réparation du dommage.

302. *Quid* des pigeons? Le maître d'un colombier ne peut être poursuivi par voie de police, pour ne l'avoir pas tenu fermé en temps prohibé. On ne peut pas tuer les pigeons en tout temps et en tout lieu. A la note.

303. Mais il peut l'être par la voie civile, pour la réparation du dommage causé par ses pigeons.

304. Dommage causé par les lapins. L'ancien droit rendait les seigneurs responsables du dommage causé par le gibier, parce qu'ils avaient le droit de chasse exclusif.

305. L'abolition de ce droit a anéanti la responsabilité des propriétaires de bois où se trouvent des lapins.

306. Le principe de responsabilité ne consiste plus que dans la propriété des animaux qui causent le dommage. (Art. 1385.)

307. Le propriétaire d'un bois répond-il du dommage causé par les lapins qui s'y trouvent? Arrêt de la cour de cassation, qui admet le pourvoi contre des jugements qui avaient décidé l'affirmative.

308. Autre arrêt, qui décide qu'il en répond, s'il a refusé aux voisins la permission de les détruire.

309. Ainsi, résultat des deux arrêts : Le propriétaire du bois est responsable s'il a refusé aux voisins la permission de détruire les lapins : *secus* s'il ne l'a pas refusée.

310. Si le propriétaire d'un bois a la propriété des lapins qui s'y trouvent. Distinction entre les lapins de garenne et les autres. (Art. 524, 564.) Qu'est-ce qu'une garenne?
311. Deux sortes de garennes, les fermées et les ouvertes.
312. C'est la destination d'un terrain pour y entretenir des lapins, qui constitue la garenne.
313. Le propriétaire pourrait revendiquer les lapins pris ou tués dans sa garenne, et non ceux pris ou tués dans ses bois et domaines. Ceux-ci ne lui appartiennent pas.
314. Appliquer l'art. 1385 au dommage causé par ces derniers, ce serait violer les art. 524 et 564, qui ne donnent la propriété que des lapins de garenne au propriétaire du terrain.
315. Mais le propriétaire d'une garenne répond du dommage causé par ses lapins.
316. Du dommage causé par les animaux contre leur naturel. Réflexions, exemples, distinctions, excuses.
317. Du dommage causé par les choses inanimées qui nous appartiennent.

250. Nous nous sommes occupé jusqu'ici de la responsabilité des fautes, des négligences ou des imprudences personnelles à celui qui a causé du dommage par son propre fait. Le fait d'autrui nous est étranger. La raison dit que les fautes sont personnelles; que chacun n'est garant que de celles qu'il a commises, et qui peuvent lui être imputées; que l'auteur seul de l'offense doit la réparation à l'offensé. Ainsi, dans la règle générale, il ne peut y avoir d'action contre celui qui n'est ni auteur ni complice de la faute ou du délit d'où est provenu le dommage.

La première règle d'imputation des actions humaines, en morale, est sans contredit que celles d'autrui ne sauraient nous être imputées qu'autant que nous y avons concouru, ou que nous pouvions et devions les empêcher ou les diriger; car chacun est obligé d'empêcher les autres, autant qu'il le peut, de faire une mauvaise action.

La loi qui violerait cette règle fondamentale de l'imputation des actions, en nous rendant garants des actions d'autrui, auxquelles nous n'avons contribué directement ni indirectement, serait donc une loi injuste et destructive de la morale.

251. Nos maîtres en jurisprudence, ces jurisconsultes romains, à qui seuls, selon d'Aguesseau (1), la justice a pleinement dévoilé ses mystères, respectèrent cette règle éternelle et fondamentale d'imputation; et si nous examinons de près celles de leurs décisions qui paraissent au premier abord s'en écarter, nous verrons qu'elles n'y sont point contraires.

Par exemple, ils donnaient à la personne lésée par le méfait d'un esclave une action civile contre le maître, pour la réparation du dommage causé; c'est ce qu'ils appelaient *action noxale*. Cette action était conforme à la justice; car il est évident que l'esclave qui avait causé le dommage était, en qualité d'être intelligent, personnellement tenu de le réparer; mais il n'avait rien en propre, si ce n'est le pécule que lui laissait précairement son maître. Celui-ci était donc obligé de payer la réparation sur le pécule de l'esclave; et de plus, comme ce pécule pouvait être insuffisant pour l'indemnité due, le maître pouvait abandonner l'esclave à celui qui avait souffert le dommage, pour être dispensé de le réparer, parce que, dit la loi, il est contraire à la justice que la méchanceté d'un esclave puisse obliger son maître à payer plus qu'il ne vaut lui-même : *Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora, dominis damnosam esse.* (§ 2, Instit. *de noxal. actionibus*, 4, 8.)

Et pourquoi était-il injuste qu'on pût faire payer au maître plus que la valeur de son esclave, pour réparation du méfait de ce dernier? Précisément parce que la justice ne permet pas de le rendre personnellement responsable et garant de la faute d'autrui, quand il n'y a participé directement ni indirectement; mais s'il n'en était pas garant, il ne devait pas, au préjudice de la personne lésée, conserver la propriété de l'esclave, obligé personnellement et par corps, suivant les principes du droit romain, à la réparation du dommage qu'il avait causé par sa faute. Ainsi, en dernière analyse, l'abandon de l'esclave, *noxæ deditio*, était fondé sur le principe qu'on n'est point garant de l'action d'autrui. Ces dispositions étaient justes dans une législation qui admettait l'esclavage, quoique contraire à la nature et à la saine raison.

252. Pendant que les enfants furent considérés comme une propriété du père de famille, en un mot, comme *une chose* dont il avait la disposition, il pouvait aussi les abandonner comme ses esclaves, *noxæ dedere*, pour se dispenser de payer le dommage qu'ils avaient causé par leurs fautes. C'était une conséquence bien déduite d'un principe absolument injuste et faux.

Mais la raison et les progrès de la civilisation firent proscrire cet usage barbare, ce révoltant abus de la puissance paternelle, qui réduisait les enfants à la condition des bêtes de somme, qu'on pouvait vendre et même tuer. La personne lésée par le méfait d'un enfant n'eut plus d'action contre le père, pour la réparation civile du dommage, qu'autant qu'il se trouvait possesseur de quelques biens de l'offenseur. Elle ne pouvait diriger son action que contre le fils de famille. Elle pouvait seulement, après l'avoir fait condamner, appeler le père, pour

(1) *Treizième mercuriale*, t. 1 de ses OEuvres, p. 157.

faire exécuter le jugement sur le pécule de l'enfant (1).

Les Romains ne rendirent donc point les pères garants, même civilement, des méfaits de leurs enfants. C'était le fait d'autrui, dont personne ne doit répondre, s'il n'y a coopéré directement ni indirectement. Les moralistes sont d'accord sur ce principe. *Quoniam factum alienum ad quod nullo modo concurrit nemini imputari potest, factum unius conjugis imputari nequit alteri ad quod non concurrit, nec factum liberorum parentibus*, dit fort bien Wolf, *Instit. jur. nat.*, § 875.

Patri non imputantur actiones filii, nec filio patris, nisi quatenus hoc jussit, vel alio modo causa moralis fuit. (Heineccius, *in Puffendorfium, de officio hominis et civis*, lib. 1, cap. 1, § 18.)

233. On pourrait croire d'abord que les jurisconsultes romains s'écartèrent de la grande règle d'imputation ci-dessus expliquée, en rendant le maître d'une maison responsable du dommage que peuvent causer les choses imprudemment jetées sur les passants par lui, par ses domestiques, ou même par un étranger qu'il aurait reçu chez lui; mais en examinant de plus près l'édit du préteur, qui prononce cette responsabilité, on voit qu'elle n'est pas fondée sur ce qu'il doit répondre de la faute d'autrui, mais seulement de sa négligence personnelle.

Il importe à la sûreté publique qu'on puisse librement aller et venir dans les rues, dans les chemins, sur les places publiques, sans être exposé à être tué, blessé ou autrement endommagé dans sa personne ou dans ses vêtements, par ce qui peut tomber ou être jeté des maisons voisines. Sans doute celui qui a causé le dommage doit le réparer.

Mais on ignore le plus souvent quel en est l'auteur. Contre qui donc agir? C'est ce que le préteur décida par un édit ou règlement de police très-sage. Si l'on ne connaît pas l'auteur du méfait, on connaît toujours du moins la maison où il a été commis. Ce fut donc contre celui qui l'habite que le préteur ordonna de diriger l'action : *Unde in eum locum, quo vulgo iter fit..., dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum judicium dabo.* (L. 1, ff. *de his qui effuderint*, 9, 3.)

Le père de famille, étant maître absolu dans sa maison, fut donc chargé, sous peine de responsabilité personnelle, de veiller à ce qu'on ne jetât rien qui pût causer du dommage aux passants. Cette disposition n'a rien de contraire à la raison, car il pouvait et devait empêcher le méfait.

Mais comme la justice ne permet pas d'imputer à personne le fait d'autrui, si c'était un esclave qui eût causé le dommage à l'insu du maître, celui-ci avait, comme dans l'action noxale, l'option de payer le dommage ou d'abandonner l'esclave : *Si servus, insciente domino, fecisse dicetur, aut æstimationem dari, aut noxæ dedi jubebo.* (L. 5, § 6, ff. *de his qui effuderint*, 9, 3.)

234. On ne trouve point, dans le Code civil, de dispositions particulières sur ce quasi-délit. Nous avons vu *supra*, n° 148, qu'on avait proposé au conseil d'État d'y ajouter deux articles, dont l'un fut d'abord adopté sans discussion, mais que, sur l'observation que l'énonciation du principe suffisait, et qu'il fallait retrancher les exemples, les deux articles furent en effet retranchés. Le premier proposait de rendre *solidairement* responsables tous les habitants de l'appartement d'où l'on a jeté des choses nuisibles sur les passants, à moins qu'on ne connût celui qui les a jetées, auquel cas il doit seul la réparation.

Nous avons ajouté, n° 149, que le retranchement de cet article ne laisse point subsister la solidarité contre les habitants, faute d'une loi qui l'ordonne, contre les auteurs d'un quasi-délit et d'une contravention.

Le second article proposé portait que les hôtes, qui n'habitaient qu'en passant la maison d'où la chose a été jetée, ne sont point tenus à réparer le dommage, à moins qu'il ne soit prouvé que ce sont eux qui ont jeté les choses nuisibles, mais que celui qui les loge en est tenu.

Il résultait de cette rédaction que, lorsqu'il est prouvé que ce sont les hôtes qui ont causé le dommage, il n'y a d'action que contre eux seuls, et non contre le maître de la maison.

Le droit romain, au contraire, loi 5, § 4, ff. *de his qui effuderint*, 9, 3, refusait toute action contre les hôtes, et n'en donnait que contre le maître de la maison, sans doute, sauf le recours contre ses hôtes.

Le retranchement de l'article paraît d'abord laisser la question indécise, car on ne peut argumenter de sa disposition pour la résoudre; mais il n'a été retranché que parce que l'énonciation du principe suffisait. Ce n'est donc point par le droit romain qu'il faut décider la question, mais par les conséquences des principes établis par le Code. Or l'art. 1384 ne met point, au nombre des personnes dont on doit répondre, les hôtes qui ont causé du dommage par un quasi-délit, mais seulement les domestiques de la maison, les enfants, etc., et non ceux qui n'y logent qu'en passant; et les art. 1952 et 1953 ne rendent point les hôteliers responsables du dommage causé par leurs hôtes, en jetant des choses nuisibles par la fenêtre.

Il faut donc dire que le maître de la maison ne répond point du dommage, et qu'on ne peut former contre lui aucune action, quand il est

(1) Inst., § 7, *de noxalibus actionibus*, 4, 8, et *ibi* Vinnius. *Voy.* aussi la loi 1, § 7, ff. *de his qui effuderint*, 9, 3.

prouvé que ce sont ses hôtes qui ont jeté des choses nuisibles. Faute de cette preuve, il répond du dommage, parce qu'il est censé causé par ses domestiques, dans l'exercice de leurs fonctions.

Mais il ne répond que du dommage civil, et non de l'amende de 1 fr. à 5 fr., prononcée par le Code pénal, art. 471, nos 6 et 12, contre ceux qui ont jeté des immondices sur quelque personne; car l'amende est une peine, et la responsabilité civile ne s'étend qu'à la réparation du dommage, et non point à la peine, comme nous le dirons *infra*, no 290 (1).

255. Quant aux actions que donnent les lois romaines contre le maître d'un navire ou d'une hôtellerie, pour réparation du dommage causé par les vols et autres méfaits commis dans le navire ou dans l'hôtellerie, soit par ses domestiques, soit même par des étrangers, elles sont fondées sur le contrat tacite, mais réel, qui intervient entre les passagers ou les voyageurs, d'une part, et le maître du navire ou de l'hôtellerie, d'autre part, comme nous le verrons bientôt.

256. Les législateurs romains ont donc toujours respecté la règle fondamentale d'imputation, qui ne permet pas d'imputer à personne le fait ou la faute d'autrui. On ne la trouve violée que par les despotes et les tyrans, chez les peuples encore barbares, où le flambeau de la raison est resté entouré de ténèbres, et chez ceux encore où le fanatisme, l'anarchie, l'esprit de parti, l'ont couvert d'un voile qui ne permet plus de l'apercevoir, si ce n'est à un petit nombre de sages sans influence.

257. On voit, par un décret de Clotaire II (2), de l'an 595, que, pour rendre tous les individus responsables des délits commis par leurs voisins, on avait, chez nos Francs, divisé la population par centaines et par dizaines de familles, habitant le même territoire, sous la surveillance d'un centenier. Il paraît que cette division par centuries, qui d'ailleurs facilitait le service militaire, était anciennement établie chez les peuples d'origine germanique (3). Ces centuries ou décanies formaient un bourg; et les bourgs répondaient des vols et des rapines commis dans leur territoire. Ainsi, les habitants étaient cautions ou garants des faits les uns des autres; et s'il avait été dérobé quelque chose dans le canton, la valeur en était payée par tous les habitants de la centurie ou de la décanie; mais ils étaient admis à prouver que le délit et la faute du coupable n'étaient pas de leur faute (4).

258. On ne s'étonne point de trouver une loi si évidemment contraire à toute notion de justice, dans le Code d'un peuple encore barbare. Mais si l'expérience n'avait point démontré à quels écarts peut entraîner l'esprit de parti, soutenu par le pouvoir, jusqu'à quel point il peut égarer et aveugler les esprits d'ailleurs les plus éclairés, on serait frappé de surprise, en voyant cette loi barbare renouvelée dans le siècle tant vanté de la philosophie, dans le XVIIIe siècle, où le flambeau de la raison, après avoir brillé d'un éclat si vif, semblait éteint par l'anarchie et par les troubles civils.

Ce fut le 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795), que fut décrétée cette fameuse loi sur la police *intérieure des communes*, dont le tit. 1er porte : « Tous citoyens, habitant la même » commune, sont garants civilement des atten- » tats commis sur le territoire de la commune, » soit envers les propriétés, etc. »

C'est dans le titre 5 que se trouve cette loi des passe-ports, si favorable au despotisme ombrageux, et dont on a inutilement signalé les abus.

On peut voir dans la loi même les moyens tyranniques établis pour faire exécuter cette injuste responsabilité, qui frappe même les citoyens contre lesquels il ne s'élevait aucune preuve de complicité; et cette loi ne leur permet même pas, comme les lois des peuples barbares que nous venons de citer, de prouver leur innocence : cette preuve ne peut les dispenser de contribuer au payement du prix *des effets pillés et choses enlevées par force, sur le pied du double de leur valeur*. (Titre 5, art. 1.)

En voyant l'injustice de ces dispositions, un sentiment d'indignation s'élève dans le cœur de l'homme paisible, sans cesse exposé à se voir ruiné pour réparation d'un délit commis souvent pendant la nuit, pendant qu'il dormait, et à une telle distance de son habitation que, même pendant le jour, il n'eût pu en avoir connaissance.

259. Nous ne rappellerons point les nombreux exemples de l'application abusive de la loi du 10 vendémiaire an IV. En voici quelques-uns, à l'occasion desquels la cour de cassation en a fixé l'interprétation de manière à la rendre un peu moins odieuse.

En 1811, un procès-verbal de l'adjoint du maire de Raunen constata que des malveillants avaient entièrement dévasté une prairie située sur la *banlieue* de la commune de Bollenbach.

Le 1er août 1812, un procès-verbal de l'adjoint du maire de Meisenheim constata que, *dans la nuit* du 27 au 28 juillet, des malveillants

(1) Rolland, nos 113, 114, 117; Dalloz, vo *Responsabilité*, nos 641, 642, 643.

(2) *Voy.* les *Capitulaires* de Baluze, t. 1, col. 20.

(3) *Voy.* Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, t. 1, *Introduct.*, § 4, *versus finem*, p. 114 et suiv., 9e édit. in-8o, Londres, 1785. *Voy.* aussi Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 30, chap. 17.

(4) *Voy.* Meyer, *Esprit, origines et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. 1, liv. 1, chap. 8, p. 136.

avaient cassé au sieur Henri Bischman, notaire, dans la même commune, *sept jeunes arbres,* plantés dans sa terre d'Allenberg, ban de Breidenhem.

Enfin, le 10 août de la même année, le maire de Bourglichtemberg constata, par un procès-verbal, que, dans la nuit du 9 au 10, des malveillants avaient incendié une partie de la récolte de lin appartenant au sieur Gassat.

Trois jugements rendus sur les procès-verbaux, dans les formes expéditives établies par la loi du 10 vendémiaire an IV, condamnèrent les communes à payer les sommes dues pour réparation de ces délits et aux dépens. Ils furent exécutés ; mais ils furent dénoncés au gouvernement, qui chargea le procureur général près la cour de cassation d'en requérir l'annulation, dans l'intérêt de la loi. Ils furent en effet annulés par arrêt du 27 avril 1813, sur le motif que si l'art. 1er du titre 1er de la loi déclare « les habitants de la même commune garants civilement des attentats commis sur le territoire de la commune, soit envers les personnes, soit envers les propriétés, » cet article n'établit qu'un principe dont le titre 4 détermine l'application dans l'art. 1er, qui ne rend chaque commune responsable que des délits commis à force ouverte ou par violence sur son territoire, par des *attroupements* ou *rassemblements* armés ou non armés ; qu'il n'était point prouvé que les attentats dont il s'agissait dans les trois jugements annulés, l'eussent été par des *attroupements* ou *rassemblements,* et qu'en pareille matière les juges ne peuvent s'en rapporter à des présomptions.

Pour connaître quand il y a *attroupement* ou *rassemblement,* l'arrêt renvoie à la loi 4, ff. *de vi bon. rapt.*, 47, 8, qui exige dix ou quinze personnes au moins pour caractériser un attroupement. Le Code pénal du 28 septembre 1791, sanctionné le 6 octobre suivant, 2e part., tit. 1er, sect. 4, art. 3 et 4, semble aussi exiger quinze personnes au moins pour caractériser un attroupement en matière de délits contre le respect et l'obéissance dus à la loi.

On peut donc prendre pour constant que les communes ne peuvent être responsables des délits commis sur leurs territoires, s'ils ne l'ont été par un attroupement de quinze personnes au moins. Avec cette modification, la loi du 4 vendémiaire an IV n'est guère moins inique.

240. Pour faire cesser l'injustice, il fallait rappeler la loi de l'assemblée constituante, décrétée le 23 février 1790, et sanctionnée le 26. L'art. 5 porte : « Lorsqu'il aura été causé quelques dommages par un attroupement, la commune en répondra, si elle a *été requise,* et si elle *a pu l'empêcher,* sauf le recours contre les auteurs de l'attroupement ; et la responsabilité sera jugée par les tribunaux des lieux (1). »

On ne peut regarder comme contraire à la justice cette responsabilité prononcée sous la double condition que la commune a été *avertie,* et qu'elle a pu empêcher les attentats ; car on se rend complice d'un délit qu'on peut empêcher lorsqu'on ne l'empêche pas. Encore devrait-on accorder une excuse à ceux qui n'ont pas été avertis ou qui n'ont pu l'être.

241. Mais l'odieuse loi du 10 vendémiaire an IV n'exige point les conditions prescrites par la loi du 26 février 1790, nécessaires pour faire cesser l'injustice de la responsabilité prononcée contre les communes, et elle n'accorde aucune excuse aux habitants (2).

Bien plus : il y a des délits dont les communes répondent, quoiqu'ils n'aient pas été commis par des attroupements (3). Ainsi l'a formelle-

(1) *Voy.* aussi la loi d'octobre 1790, sanctionnée le 12, qui porte :

« L'indemnité des dégâts et dommages est prise d'abord sur les biens des coupables, et subsidiairement » supportée par les communes qui ne les auraient pas » empêchés, lorsqu'elles *l'auraient pu*, et qu'elles en » auraient *été requises* par les officiers municipaux, qui » sont responsables de leur négligence à cet égard. »

(2) La preuve que l'autorité municipale aurait fait tout son possible pour prévenir, empêcher les pillages et en faire connaître les auteurs, et que la commune aurait été dans un état de désorganisation tel, que les lois y étaient sans force et les autorités civiles sans pouvoir, serait irrelevante pour écarter la responsabilité, par cela que la loi exige qu'à la vigilance des autorités pour réprimer le désordre se joignent les efforts des habitants. (Liége, 28 fév. 1833 ; *J. de Belg.*, 1833, p. 261.)

La loi du 10 vendémiaire an IV n'est pas une simple loi de circonstance.

La responsabilité qu'elle impose aux communes n'admet qu'un seul cas d'excuse.

L'imprudence dans la conduite de celui qui agit en réparation contre une commune ne pourrait constituer une excuse pour la commune et faire cesser sa responsabilité.

Elle ne pourrait alléguer comme excuse l'état de siége par suite duquel tous les pouvoirs auraient été concentrés dans les mains de l'autorité militaire. (Brux., 12 déc. 1832 ; *J. de Belg.*, 1833, p. 1.)

La loi du 10 vendémiaire an IV, concernant la responsabilité des communes, ne cesse pas d'être applicable, bien qu'à l'époque du pillage la commune se trouvât dans un état complet d'anarchie, fût dépourvue des corps francs qu'elle avait organisés pour sa défense et privée de ses magistrats, remplacés par une commission de sûreté publique. (Gand, 20 mars 1833 ; *J. de Belg.*, 1833, p. 384.)

Ce n'est que dans le seul cas où les rassemblements ont été formés d'individus étrangers à la commune et où celle-ci a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir à l'effet de les prévenir et d'en faire connaître les auteurs, que la commune est déchargée de toute responsabilité. — Hors ce seul cas d'excuse, la circonstance que la commune a fait tout ce qui était humainement possible pour réprimer les désordres est indifférente quant à la responsabilité. (Brux., 23 avril et 2 mai 1833 ; *J. de Belg*, 1836, p. 16.)

(3) Pour qu'une commune soit civilement responsable des dommages causés aux propriétés sur son territoire, il faut que ces dommages aient été causés par des attroupements à force ouverte ou par violence. — La res-

ment décidé la cour de cassation, dans l'arrêt précité. Ce sont les délits prévus par les art. 9 et 10, dont le premier porte : « Lorsque, dans une commune, des cultivateurs tiendront leurs voitures démontées, ou n'exécuteront pas les réquisitions qui seront faites légalement pour transports et charrois, les habitants de la commune sont responsables des dommages-intérêts en résultant. »

Ainsi, à l'autre extrémité du territoire, à deux lieues peut-être ou plus, s'il plaît à un cultivateur de tenir sa voiture démontée, ou de ne pas obéir aux réquisitions qui lui sont faites par l'autorité, un simple habitant, une pauvre mère de famille, qui ignore ce qui se passe aussi loin d'elle, et qui n'a elle-même ni chevaux ni voiture, n'en répondront pas moins du dommage qu'il plaira à l'autorité d'arbitrer.

Il est difficile d'imaginer une plus criante injustice. En voici cependant encore une plus révoltante :

L'art. 10 porte : « Si, dans une commune, des cultivateurs à part de fruits refusent de livrer, aux termes du bail, la portion due au propriétaire, tous les habitants de cette commune sont tenus des dommages-intérêts. »

Les expressions manquent pour qualifier une pareille iniquité. Qu'un tyran rende tous les habitants du territoire responsables de la désobéissance d'un cultivateur, on le conçoit. Rien n'étonne de sa part. Le voile de l'intérêt public est son prétexte, quand il daigne en prendre un ; mais rendre tous les habitants garants du refus que fait un fermier de payer ce qu'il doit à son maître, qui peut armer en sa faveur la force publique pour faire exécuter son bail, même par voie d'exécution parée, c'est ce qui paraît tellement inconcevable, que, nonobstant l'arrêt précité, la raison plus forte nous contraint à penser que, dans l'esprit du législateur, l'art. 10 ne peut s'appliquer au refus d'un fermier, hors les temps de troubles et de rébellion, où, comme dans ceux qui précédèrent la loi du 10 vendémiaire an IV, les propriétaires, forcés de se réfugier dans les villes, n'avaient aucun moyen de contraindre leurs fermiers, dont le refus n'était souvent que l'effet de la crainte et des menaces des séditieux. Faisons des vœux pour voir retrancher cette loi de notre législation, comme nous désirerions pouvoir arracher de nos annales les pages où se trouve écrite l'histoire des excès qui l'ont précédée et amenée !

242. Cet oubli des principes et ces injustices, dont on ne trouve point d'exemples dans la législation romaine, ne sont point en France particuliers à nos temps révolutionnaires. L'exemple nous en fut donné par les parlements, qui, sous le nom de *règlements*, faisaient des lois, comme les préteurs en faisaient à Rome, sous le nom d'édits. Voici l'un de ces règlements, fait par le parlement de Bretagne, le 10 septembre 1736 (1).

On sait qu'en Bretagne, en vertu de la maxime : *Nulle terre sans seigneur*, les seigneurs de fief étaient *réputés* propriétaires des terrains vagues et déclos qui joignaient leurs domaines et leurs fiefs. Telle était la jurisprudence du temps; elle n'était pas contestée. Cependant, les habitants riverains étaient en possession immémoriale d'y faire paître leurs bestiaux, couper des litières, et prétendaient aussi être propriétaires de ces terres, en vertu d'un droit antérieur aux fiefs. Leur prétention a depuis été consacrée par la nouvelle législation.

Quand les seigneurs ou leurs afféagistes faisaient clore ces terres, les habitants croyaient n'user que de leur droit, en détruisant les fossés et clôtures. Un premier règlement, du 1er décembre 1724, avait ordonné que les auteurs de ces entreprises seraient poursuivis à l'extraordinaire, c'est-à-dire criminellement, et punis suivant l'exigence des cas. Mais ce remède était inutile, parce que les habitants, intéressés à se maintenir dans la possession de leur prétendu droit de propriété ou d'usage des landes, ne déposaient jamais les uns contre les autres. Ce fut par ce motif que le parlement établit, contre les voisins des landes, une présomption légale de culpabilité, en vertu de laquelle il les rendit responsables des dommages et intérêts. Il fit « défenses à toutes personnes, de quelque état et condition qu'elles soient, de démolir ou faire démolir les fossés qui seront faits pour clore tout ou partie des landes ou terrains vagues qui auront été ou seront ci-après afféagés, sous peine de *punition corporelle*, ordonne que... le procès sera fait et parfait aux coupables, jusqu'à jugement définitif inclusivement, sur les dénonciations qui leur seront faites par les seigneurs ou afféagistes, que *les généraux des paroisses*, ou, au moins, *les habitants* des villages voisins des landes, gallois ou terrains vagues, où les fossés auront été démolis ou les arbres coupés, demeureront civilement responsables, *solidairement*, des dommages et intérêts résultant de la démolition des fossés et abatis des bois, en cas qu'ils ne dénoncent pas *les coupables, sans qu'il soit besoin d'autres preuves.* »

Nous croyons sincèrement que les intentions des magistrats furent très-pures, en faisant un

---

ponsabilité cesse en l'absence de ces dernières circonstances. (Liége, 6 mars 1837; *J. de Belg*, 1837, p. 473.)

(1) Il est rapporté au long dans le *Journal du parlement de Bretagne*, t. 2, p. 256 et suiv., et par extrait, dans les *Principes* de Duparc-Poullain, t. 2, p. 383, nº 547. Quelque dévoué qu'il fût aux principes du droit féodal, cet auteur ne peut s'empêcher de faire, sur ce règlement, des réflexions qui tendent à le rendre moins injuste.

règlement aussi inique. Cependant, la notoriété publique qu'ils étaient tous seigneurs de fief aurait dû peut-être les rendre plus circonspects à prononcer sur un point qui semblait être leur propre affaire. Ce qui doit surprendre surtout, c'est de voir que ce règlement fut provoqué par le célèbre procureur général de la Chalotais, qu'une philosophie solide aurait dû prémunir contre des écarts aussi contraires à la raison : tant les préjugés ont d'empire sur les esprits les plus forts, quand ils en sont imbus!

Il est pénible pour un Français d'être forcé d'avouer que, dans sa patrie, on s'est, dans tous les temps, si évidemment écarté des principes d'imputation dictés par la raison.

On ne devait pas attendre un retour à ces principes de la part de Napoléon, qui foula si scandaleusement aux pieds les droits de l'homme les plus sacrés; mais on pouvait espérer de voir revenir à ces principes d'éternelle justice ces jurisconsultes célèbres, ces hommes d'État, qui furent chargés de la rédaction d'un Code fait pour passer à la postérité, et servir de modèle aux nations voisines.

243. Cependant, on n'y revint point encore entièrement. L'art. 1384 porte : « On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait *des personnes dont on doit répondre,* ou des choses que l'on a sous sa garde. »

Cette première disposition de notre article n'est autre chose qu'une exception, ou plutôt c'est la limitation d'un grand principe d'imputation : *On ne répond point du fait d'autrui;* voilà le principe.

Excepté du fait des personnes *dont on doit répondre;* voilà la limitation.

244. Mais quand et de quelles personnes doit-on répondre? Cette responsabilité ne peut résulter que d'un devoir, autrement d'une obligation imposée à celui qui est chargé de répondre. Or, nous avons vu *suprà,* n° 2, qu'aucune obligation ne peut venir que de la loi ou de la volonté de l'homme, manifestée par la convention : on ne peut donc répondre du fait d'autrui qu'en vertu de la convention ou de la loi.

En vertu de la convention, lorsqu'on s'est rendu garant ou caution qu'une personne fera ou ne fera point telle chose, qui, si elle était faite ou omise, nous causerait du dommage : cette convention peut même avoir lieu sans l'intervention de la personne de laquelle on répond; car « on peut se rendre caution sans » l'ordre de celui pour lequel on s'oblige, et » même à son insu. » (Art. 2014.)

245. Ceci n'a rien de contraire au principe que nous avons établi, tom. 3 (VI éd. fr.), n°s 130 et 134, que les actions d'autrui, n'étant point en notre pouvoir, ne peuvent valablement être la matière d'un contrat; que la convention par laquelle nous promettons qu'un tiers fera ou ne fera pas est nulle : *Alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obligatur; nam de se promittere quemque oportet.* (L. 83, ff. *de verb. oblig.*, 45, 1.) Car on n'engage que sa personne, on ne promet que son propre fait, quand on garantit le fait d'autrui, en promettant de payer le dommage qui en résulterait pour un tiers; c'est une obligation conditionnelle. Si telle personne fait ou ne fait pas telle chose, je vous indemniserai du dommage que vous causera son action ou son omission. *Voyez* tom. III (VI, éd. fr.), n° 138. C'est une sorte d'assurance, qui peut être faite par convention expresse ou tacite.

246. On trouve l'exemple d'une responsabilité stipulée par convention expresse dans l'espèce d'un arrêt rendu le 1er juillet 1814. Rolland était devenu adjudicataire d'un canton de pêche dans la rivière de Seine. Le cahier des charges portait qu'il ne pourrait avoir plus de huit associés, qui seraient agréés par le conservateur, et *dont il serait responsable.* Dupuis, l'un de ses associés, fut pris en contravention pour avoir pêché avec un filet prohibé. Rolland fut jugé responsable des dépens, mais non de l'amende qui est une peine (1).

247. L'obligation de répondre du fait d'autrui résulte, en plusieurs cas, d'une convention tacite ou présumée, comme dans les cas des *marchés à prix fait* avec une seule personne, qui répond alors des autres personnes qu'elle emploie; par exemple, « l'entrepreneur » répond du fait des personnes qu'il emploie. » (Art. 1797.)

Ainsi encore, les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers, qui font *directement des marchés à prix fait,* répondent des ouvriers qu'ils emploient. Ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. (Art. 1799.)

C'est aussi par une convention tacite que le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué de sa gestion, quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un. (Art. 1994.)

248. C'est encore en vertu d'une convention tacite que les hôteliers ou aubergistes répondent des délits et quasi-délits commis dans leurs hôtelleries.

« Il se forme, dit Domat (2), une convention entre l'hôtelier et le voyageur, par laquelle l'hôtelier s'oblige envers ce dernier de le loger et de garder ses hardes, chevaux et autres équipages; et le voyageur, de sa part, s'oblige de payer sa dépense. »

Cet engagement se forme sans convention

(1) Rolland, v° *Dommage*, n° 5; Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 411.

(2) *Lois civiles*, liv. I, tit. 16, sect. 1.

expresse, par la seule entrée du voyageur dans l'hôtellerie, et par le dépôt des hardes et autres choses mises entre les mains de l'hôtelier, ou de ceux qu'il charge du soin de l'hôtellerie. « Les hôteliers, dit l'art. 1952 du Code, sont responsables comme dépositaires des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux : le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire, » dont la preuve par témoins est admise, à quelque somme que s'élève la valeur des effets déposés (1). (Art. 1348).

Il n'est pas nécessaire que le voyageur remette ses effets au maître lui-même, qui répond de ses domestiques, des gens qui font le service de sa maison, selon les fonctions qui leur sont commises. Ainsi, lorsqu'un voyageur donne aux domestiques qui le conduisent dans les chambres une valise ou autres effets, ou lorsqu'il remet son cheval dans l'écurie, à la garde du palefrenier, le maître en répond comme si la remise lui en avait été faite à lui-même. Il les reçoit par le ministère de ses préposés, dans l'exercice de leurs fonctions : *Quia is qui eos hujus modi officio præponit, committi eis permittit.* (L. 1, § 5, ff. *nautæ, caupones*, etc., 4, 9.)

Si, au contraire, un voyageur imprudent remettait, hors de la présence du maître, des effets à un enfant ou autre personne qu'il trouve à la porte, et qu'il a cru, par erreur, domestique de la maison, le maître n'en répondrait pas. Il n'en répond que dans le cas de la remise ou dépôt fait à ses domestiques et préposés.

249. Bien plus : la rigueur de la responsabilité est telle que, pour autoriser le recours du voyageur contre l'aubergiste, les lois n'exigent pas que le premier ait spécialement donné ses effets à garder au second ou à ses préposés ; il suffit qu'il soit reconnu ou prouvé qu'ils ont été apportés dans l'auberge, quand même ce serait à l'insu du maître, et sans qu'il en eut connaissance. Ainsi le décident les lois romaines (2), depuis longtemps adoptées en France : « Il est sans difficulté qu'un hôtelier, du moment qu'il a reçu un hôte et son bagage, ou que même le bagage est *simplement entré* dans son hôtellerie, *sans qu'il en ait eu connaissance*, doit répondre du vol qui s'en fait ; tous nos livres sont pleins d'arrêts qui l'ont ainsi décidé, » dit le savant Gueret (3).

Depuis qu'il écrivait, la jurisprudence continua d'être la même, si l'on en excepte quelques arrêts déterminés par les circonstances, et dont plusieurs excitèrent même des réclamations.

Il serait inutile de rapporter ici tous les arrêts qu'on trouve sur cette matière. Il suffit, pour faire voir que la jurisprudence n'avait pas varié, de citer ici le dernier de ceux qui furent rendus avant nos lois nouvelles. Il est dans l'espèce la plus favorable pour l'aubergiste, qui n'en fut pas moins condamné.

Verdier, marchand forain, alla loger, le 31 mai 1772, chez Mercier, aubergiste à Étampes. Celui-ci lui proposa de coucher dans une chambre à deux lits, où couchait un autre particulier inconnu à l'aubergiste. Verdier accepta, et prit, en se couchant, la précaution de mettre ses boucles d'argent et son porte-col dans la poche de sa veste, qu'il plaça sous le chevet de son lit, avec sa culotte, où il avait une montre et 15 fr. ; mais il s'endormit d'un sommeil profond, dont l'inconnu profita pour lui enlever ses effets. A son réveil, Verdier s'aperçoit du vol ; on dépêche sur les traces du voleur un domestique, qui n'en rapporte aucune nouvelle.

Verdier va terminer quelques affaires à Paris, et revient huit jours après à Étampes, où son hôte refusant de lui tenir compte des effets volés, il fait sa déclaration au juge et fait assigner Mercier, pour lui payer la somme de 146 fr., valeur des effets volés. La demande est rejetée, parce que Mercier n'a point empêché Verdier de faire sa déclaration sur-le-champ, et n'a point promis de lui garantir ses effets. Appel de la part de Verdier.

L'avocat général Joly de Fleury, portant la parole, pensa que l'aubergiste à qui le voyageur ne donne pas spécialement ses effets à garder n'est point responsable de leur perte, et que Verdier ayant accepté de coucher dans la chambre avec un particulier que Mercier lui avait dit ne pas connaître, il ne pouvait avoir aucun recours ; c'était à lui de garder ses effets, etc.

Nonobstant ces circonstances, les conclusions ne furent point suivies, et par arrêt du 22 février 1780 (4), la cour infirma la sentence, condamna Mercier de payer à Verdier les 146 fr. pour valeur des effets volés, lui enjoignit, sous peine d'amende, de faire à l'avenir sur-le-champ sa déclaration des vols qui pourraient être faits dans sa maison.

Cet arrêt jugea, comme on le voit, qu'il n'est pas nécessaire, pour fonder le recours du voyageur contre l'aubergiste, qu'il lui ait donné à

(1) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 5 (IX, éd. fr.), nos 202 et suiv.

(2) La loi 1, § 8, ff. *nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant*, 4, 9, dit :

« Recipit autem salvum fore, utrum si in navem res missæ ei adsignatæ sunt, an, etsi non sint adsignatæ, hoc tamen ipso quod in navem missæ sunt, receptæ videntur ? Et puto omnium eum recipere custodiam quæ in navem illatæ sunt : et factum non solum nautarum præstare debere, sed et vectorum. »

La loi 2 ajoute : « Sicut et caupo viatorum. »

(3) Dans ses *Annotations* sur Leprêtre, cent. 1, chap. 19, p. 48. *Voy.* aussi Dauty, dans ses *Annotations* sur le chap. 3 de Boiceau.

(4) Cet arrêt est rapporté dans le *Répert. de jurisp.*, vo *Vol*, sect. 3, § 3, no 2.

garder ses effets, qu'on ne nie pas avoir été volés (1).

250. On ne peut se dissimuler que ce point de jurisprudence paraît infiniment dur. Pothier, dans son *Traité du dépôt*, n° 79, ne l'adopta point et crut devoir le modifier. Il enseigne que le dépôt d'où naît la responsabilité de l'aubergiste ou hôtelier « n'est pas censé intervenu par cela seul que le voyageur a apporté ses effets dans l'auberge au vu et su de l'aubergiste, s'il ne les lui a pas *expressément* donnés en garde. C'est pourquoi, si les effets de ce voyageur sont volés ou endommagés dans l'auberge par les allants et venants, ou même par d'autres voyageurs qui logent comme lui dans l'auberge, l'aubergiste n'en est point responsable; mais si le vol avait été fait, ou le dommage causé par les serviteurs de l'aubergiste ou par ses pensionnaires, il en serait responsable, quand même les choses ne lui auraient pas été données en dépôt; car il ne doit se servir pour domestiques, ni avoir pour pensionnaires, que des personnes dont il connaisse la fidélité, au lieu qu'il n'est pas obligé de connaître les voyageurs qui ne logent qu'en passant dans son auberge. »

Pothier fondait cette distinction sur la loi 1, § *fin.*, ff. *furt. adv. naut.*, 47, 5 (2), et la croyait nécessaire pour concilier cette loi avec la loi 1, § 8 *in fine*, et les lois 2 et 3, ff. *nautæ, caupones*, etc., 4, 9; mais ce grand jurisconsulte se trompait. Ces lois n'ont rien de contraire; seulement elles s'appliquent à deux cas différents. Les lois romaines accordaient aux voyageurs dont les effets avaient été volés dans une auberge ou dans une barque deux actions: l'action ordinaire *ex recepto*, qui n'avait pour objet que la restitution des effets, ou de leur valeur *in simplum*; l'action de vol, *actio furti*, qui était pénale, et dont l'objet était d'obtenir le double de la valeur des effets volés, *in duplum*.

La première était accordée au voyageur, quelles que fussent les personnes qui avaient volé les effets, même des allants et venants, ou d'autres voyageurs logeant aussi dans l'auberge, et lorsqu'on ignorait par qui le vol avait été fait.

Mais la seconde n'était accordée contre le maître qu'en prouvant que le vol avait été fait par les gens de la maison, et non pas lorsqu'il avait été fait par des étrangers, ou par d'autres voyageurs.

251. Mais comme, en France, on n'avait point admis les actions *in duplum*, on n'avait point aussi adopté la distinction entre le vol fait par des gens de la maison, et le vol fait par des étrangers ou par d'autres voyageurs; et cette distinction est clairement rejetée par le Code civil, qui porte :

Art. 1952. « Les aubergistes ou hôteliers » sont responsables, comme dépositaires, des » effets *apportés par le voyageur* qui loge chez » eux. Le dépôt de ces sortes d'effets doit être » regardé comme un dépôt nécessaire. »

Art. 1953. « Ils sont responsables du vol ou » du dommage des effets du voyageur, soit que » le vol ait été fait, ou que le dommage ait été » causé par les domestiques et préposés de » l'hôtellerie, ou *par des étrangers allant et* » *venant dans l'hôtellerie.* »

Art. 1954. « Ils ne sont pas responsables des » vols faits avec force armée ou autre force » majeure. »

Les termes de l'article 1953 proscrivent bien formellement la distinction proposée sur la responsabilité entre les vols commis par les gens de la maison et ceux commis par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie; le maître répond des uns ainsi que des autres; la force majeure seule met sa responsabilité à l'abri.

L'art. 1952 ne proscrit pas aussi positivement à la vérité la distinction de Pothier entre les effets seulement apportés par le voyageur dans l'auberge, et ceux qu'il a spécialement donnés en garde au maître ou à ses préposés; mais il la proscrit par une induction nécessaire, en n'exigeant pas autre chose, pour rendre le maître responsable, si ce n'est que les effets aient été *apportés par un voyageur :* on ne peut donc rien exiger de plus que cet apport, sans ajouter à la loi; ce que le juge ne peut faire sans excéder ses pouvoirs. L'aubergiste est donc également responsable des effets que le voyageur a simplement apportés dans l'hôtellerie, sans même lui en donner connaissance, et de ceux dont il lui a confié la garde.

Ainsi l'a décidé la cour de cassation dans l'espèce suivante. L'article 386, n° 4, du Code pénal, punit de la *reclusion* « le vol commis » par un aubergiste ou hôtelier, ou leurs pré-

(1) Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 450.

(2) Cette loi porte :

« Caupo præstat factum eorum qui in ea caupona » ejus cauponæ exercendæ causa ibi sunt : item eorum » qui habitandi causa ibi sunt. Viatorum autem factum » non præstat : namque viatorem sibi eligere caupo... » non videtur, nec repellere potest iter agentes; inhabitatores vero perpetuos, ipse quodam modo elegit, » qui non rejecit, quorum factum oportet eum præstare. » In nave quoque vectorum factum non præstatur. » (Dig., L. 1, § *fin.*, ff. *furt. adv. naut.*, 47, 5.)

La loi 1, § 8, *in fin.*, ff. *nautæ, caupones*, etc., 4, 9, porte au contraire :

« Et puto, omnium eum recipere custodiam, quæ in » navem illatæ sunt; et factum non solum nautarum » præstare debere, sed et vectorum. »

Et la loi 2 ajoute : « sicut et caupo viatorum. »

Tous les auteurs ont concilié ces lois par la distinction que nous avons faite. *Voy.* Pacius, Enantiophanôn; Cocceius, *Jus civile controversum*, t. 1, p. 373, et autres. Il est étonnant que Pothier se soit trompé sur la conciliation de ces lois.

» posés, lorsqu'ils auront volé tout ou partie » des choses qui leur *étaient confiées à ce » titre*, etc. »

C'est donc un crime puni d'une peine afflictive et infamante, et, en cette qualité, la connaissance en appartient aux tribunaux criminels.

L'aubergiste Netti avait volé la montre d'Ange Lotti, que celui-ci ne lui avait pas *confiée*, mais qu'il avait seulement laissée sur la table de l'auberge. Netti fut traduit à la police correctionnelle, qui rendit un jugement. Mais le procureur impérial en appela, et soutint que le vol était un crime. La cour de Pise, où l'affaire fut portée, pensa que l'art. 386 du Code pénal n'était applicable qu'à l'aubergiste entre les mains duquel il y aurait eu *dépôt préalable et spécial* des objets. C'est en effet ce que semblent annoncer les expressions de cet article. Or, en matière criminelle surtout, on ne peut étendre la lettre de la loi pour la rendre plus rigoureuse. Cependant l'arrêt fut cassé le 28 octobre 1813. *Voyez* Sirey, tome 14, 1re part., p. 17.

« Attendu que si, en matière civile, le maintien de l'ordre public a exigé que les aubergistes et hôteliers fussent assujettis à la rigueur des lois établies relativement aux dépôts nécessaires pour les effets *apportés* par le voyageur reçu chez eux, et qu'ils en fussent déclarés responsables comme leur ayant été *confiés de droit*, et sans qu'il fût besoin d'aucune convention particulière, *par cela seul que les voyageurs les avaient apportés chez eux*, la même règle doit avoir lieu pour l'application de l'art. 386 du Code pénal, relatif aux vols commis par les aubergistes et hôteliers, des choses apportées chez eux par les voyageurs ou personnes qui y ont été reçues, ces expressions *qui leur étaient confiées à ce titre*, insérées dans le dernier article, ayant eu pour objet, non d'apporter aucun changement à la corrélation de cet article avec ce qui est établi pour la responsabilité (art. 1952 du Code civil), mais d'en prévenir l'application, au cas où les mêmes rapports ne se rencontreraient pas entre l'aubergiste auteur du vol, et les personnes au préjudice desquelles aurait eu lieu la soustraction frauduleuse;

» Que, dans l'espèce, Netti, aubergiste à Livourne, était prévenu de la soustraction d'une montre laissée dans sa maison par Ange Lotti, qui avait été reçu chez lui, et qui ainsi lui était confiée de droit, etc. »

Prenons donc pour certain que les aubergistes sont responsables, non-seulement des effets qui leur sont donnés en garde par les voyageurs, mais encore de ceux que ces derniers y apportent, soit que le maître en ait connaissance ou non, soit que le vol ait été fait par des gens de la maison ou par des étrangers.

252. Ces dispositions sont dures, sans contredit; mais la nécessité et la sûreté publique ont paru exiger cette sévérité : *Maxima utilitas est hujus edicti*, dit Ulpien (L. 1, § 1, ff. *nautæ, caupones*, etc., 4, 9), *quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiæ eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum : nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur, cum furibus adversus eos quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus.*

Les hôtelleries sont des asiles nécessaires. Ceux que leur santé ou leurs affaires obligent à voyager sont contraints d'y loger, et de suivre ainsi la foi du maître pour la garde et la sûreté de leurs effets. Ajoutez à cela la crainte de voir s'établir, entre eux et les voleurs ou les filous, une société secrète pour dépouiller les voyageurs. Tout a contribué à faire prononcer contre eux une responsabilité qu'on ne peut, quelque dure qu'elle soit en plusieurs cas, taxer précisément d'injustice, puisqu'ils y consentent au moins tacitement, en embrassant une profession dont ils doivent connaître les devoirs et les obligations; et depuis même qu'ils l'ont embrassée, ils sont libres de ne pas recevoir tel ou tel voyageur, ou de ne le recevoir que sous la condition de ne répondre que de leurs fautes personnelles; et si le voyageur consent à cette condition, ils ne répondent point des pertes arrivées sans leur faute. (L. 7, ff. *nautæ, caupones*, etc., 4, 9.)

253. Au reste, la dureté en théorie de cette responsabilité peut être, et est souvent mitigée dans la pratique, par la manière dont elle est exercée. D'abord, le voyageur qui réclame les effets qu'il prétend avoir perdus dans l'hôtellerie doit prouver qu'il les y a réellement apportés, si l'hôtelier ne reconnaît pas cet apport. Celui-ci n'est même pas obligé de le nier formellement; il lui suffit de dire qu'il n'a pas connaissance de cet apport; car, puisqu'il en répond, même quand l'apport est fait à son insu, et sans qu'il en ait eu connaissance, il est naturel qu'il puisse borner sa défense à déclarer son ignorance, comme des héritiers, auxquels on oppose un acte sous seing privé de leur auteur, peuvent se borner à dire, sans la dénier, qu'ils ne reconnaissent pas l'écriture : c'est alors au demandeur de la faire vérifier. Par identité de raison, quand un voyageur dit avoir apporté dans l'auberge des effets qui se trouvent perdus, c'est à lui de prouver le fait de l'apport, sans lequel il ne peut avoir rien à réclamer.

Il est vrai qu'il peut le prouver par témoins, comme dépôt nécessaire, à quelque somme que s'élève la demande : le Code le permet expressément, par la seconde disposition de l'art. 1348; mais il faut remarquer que les juges ne sont pas obligés d'admettre cette preuve. Ce n'est qu'une faculté que la loi leur donne, et dont ils ne doivent user, dit l'article cité, *que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.* Cette disposition est tirée de l'art. 4, titre 20,

de l'ordonnance de 1667, contre l'admission duquel le président de Lamoignon fit de très-sérieuses objections. « Il serait trop dur, disait-il, d'abandonner les hôtes à la discrétion des filous, et de toutes sortes de gens qui vont loger chez eux. Si, néanmoins, ajoute-t-il, il arrivait que ce fût un homme de bien qui se plaignît d'un homme mal famé, il dépendrait de la prudence du juge d'y faire les considérations nécessaires. » Pussort répondit que « l'article laissait au juge la liberté de recevoir la preuve ou de la rejeter, suivant les différentes circonstances des personnes, des temps et des choses. » *Voyez* le procès-verbal de l'ordonnance de 1667, page 218.

254. Voilà donc déjà un premier moyen laissé à la prudence et à la sagacité des juges, d'adoucir la responsabilité des aubergistes et d'en prévenir les abus. Ce n'est pas tout : lorsque l'apport des effets perdus ou volés est reconnu ou prouvé, il faut en prouver aussi la valeur, et l'on admet alors le serment *in litem* du demandeur, sur une déclaration détaillée qu'il donne de ses effets, et qu'il doit affirmer véritable; et si, considération faite des personnes et des circonstances, le juge trouve l'évaluation trop forte, il est de son devoir de la modérer, et de déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur doit en être cru sur son serment (1). L'art. 1369 porte :

« Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur, que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru à son serment. »

255. Enfin, ce n'est pas tout encore : si le demandeur prétendait qu'il y avait dans ses ballots perdus ou volés des espèces d'or et d'argent, des bijoux, etc., devrait-il en être cru à son serment? La négative nous paraît conforme à la justice et à l'esprit du Code. L'art. 1952 dit que « les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires des *effets* apportés par le voyageur qui loge chez eux, etc. »

Les espèces d'or et d'argent sont-elles comprises sous le nom générique d'effets apportés par le voyageur sans une déclaration?

Les entrepreneurs de voitures publiques, les voituriers par terre et par eau sont, dit l'article 1782, assujettis, pour la garde des choses qui leur sont confiées, *aux mêmes obligations que les aubergistes,* et s'il leur arrive de perdre les malles ou ballots dont ils sont chargés, on admet le serment *in litem* du propriétaire, sur la valeur des effets qui y étaient contenus.

Cependant, on a jugé que si les propriétaires avaient mis dans leurs malles ou ballots des sommes d'argent, sans les déclarer autrement que sous le nom générique d'effets à eux appartenant, les entrepreneurs de messageries n'en sont pas tenus, et cette décision est fondée sur l'art. 1785, qui dit que « les entrepreneurs de voitures publiques... doivent tenir registre de l'*argent,* des effets et des paquets dont ils se chargent. » On en a induit, avec raison, ce nous semble, que les propriétaires doivent faire sur le registre une déclaration spéciale de l'argent qu'ils chargent, s'ils veulent engager la responsabilité des entrepreneurs, qui, sans cela, ne sont censés avoir contracté aucun engagement relatif à la garde de l'argent. Cette décision est conforme à la justice, parce qu'en effet, les espèces d'or et d'argent exigent, à raison du péril, un plus grand soin, une plus grande surveillance pour leur garde. Ainsi l'a décidé la cour de Bruxelles, par un arrêt du 28 avril 1810 (2), qui rejeta la demande d'un sieur Depinois, qui réclamait de l'administration des messageries une somme de 4,000 fr., qu'il prétendait avoir mise dans son portemanteau, chargé au bureau de Gand, mais sans déclaration de la somme de 4,000 francs.

La cour de Paris appliqua les mêmes principes au cas d'un vol d'argent et de bijoux prétendu fait dans une hôtellerie de Reims, et dont le sieur Halinbourg voulait rendre responsable la veuve Woel-Ferdin, aubergiste. Elle répondait qu'on ne pouvait lui appliquer l'art. 1953 du Code: 1° parce que l'argent et les bijoux ne lui avaient pas été montrés ni déclarés; 2° parce que le sieur Halinbourg n'avait pas pris les précautions suffisantes pour garder son argent, n'ayant fait aucun usage d'une armoire dont il avait la clef, ainsi que celle de sa chambre.

Par arrêt du 2 avril 1811 (3), la cour rejeta sa demande parce qu'il n'était pas constant qu'il eût été volé dans l'auberge, et que, *lors même qu'il eût été volé des effets dont il réclame la valeur, l'intimée n'ayant pas été instruite qu'il avait avec lui de l'argent et surtout des bijoux, l'art.* 1953 *ne pouvait être invoqué contre elle;* d'autant moins qu'il avait été remis à Halinbourg les clefs de l'armoire et de la chambre, ce qui l'avait mis dans le cas d'empêcher la soustraction des effets par lui réclamés.

Cette décision est sage. Il est certain qu'en jugeant par induction et analogie de l'art. 1785, que l'aubergiste ne répond pas des sommes que le voyageur n'a point déclarées et qu'il apporte dans l'auberge sans en donner connaissance au maître, les juges ne contreviennent à aucune loi, et ne font que suivre la raison naturelle. L'opinion contraire pourrait donner lieu, comme le disait le président de Lamoignon, à des fraudes concertées entre des filous, sans que l'auber-

(1) Sur le serment *in litem*, voyez ce que nous avons dit dans le t. 5 (X, éd. fr.), nos (437) 772 — (447) 782.

(2) *Voy.* Sirey, t. 11, 2e part., p. 21 et 22.
(3) *Idem*, t. 14, 2e part., p. 100.

giste pût éviter leurs piéges, tandis que le voyageur peut mettre son argent en sûreté, en le donnant à garder à l'aubergiste.

Les savants auteurs de la collection de jurisprudence connue sous le nom de *Nouveau Denisart* disent fort bien, v° *Aubergiste*, § 3, n° 3 : « On n'est pas libre de rendre des aubergistes responsables de sommes indéfinies, en supposant dans des malles des effets précieux, tels que des diamants et des bijoux qui ne soient pas présumés y être. En pareil cas, il faut déclarer à l'aubergiste qu'on est porteur d'effets précieux dont on le charge nommément.

256. Mais il nous est impossible d'admettre un principe que hasardent les mêmes auteurs, *ibid.*, n° 4.

« Hors ces cas particuliers, disent-ils, *la seule déclaration des plaignants*, pourvu que d'ailleurs ils jouissent d'une réputation saine et entière, suffit pour faire condamner l'aubergiste à la restitution des effets que ceux-ci articulent avoir perdus. »

Ils citent un arrêt qui déféra le serment *in litem* à un chanoine et à un prêtre, sur leur seule déclaration, et condamna l'aubergiste à leur payer environ 2.000 fr. Une pareille décision est contraire à la raison et aux principes du droit. Quelque respectable, quelque élevée en dignité que soit une personne, son seul témoignage ne peut être un titre suffisant en sa faveur, pour lui déférer le serment. Il faut que sa demande ne soit pas totalement dénuée de preuve (art. 1369); il faut, pour rendre l'aubergiste responsable, prouver l'apport des paquets dans l'auberge. Ce n'est que lorsqu'il est prouvé, que le juge, sur la déclaration détaillée du demandeur, peut lui déférer le serment *in litem* sur leur valeur. On ne peut pas accuser la loi de trop d'indulgence pour les aubergistes, puisqu'elle permet indéfiniment la preuve testimoniale contre eux; et comme les gens de l'auberge peuvent être regardés comme témoins nécessaires, leur témoignage pourrait aussi être admis, toujours suivant les circonstances et les personnes.

257. A cette responsabilité établie par le Code civil, le Code pénal en ajoute une autre plus sévère, mais qu'il leur est facile d'éviter, en se conformant à l'art. 475, qui leur ordonne, n° 2, « d'inscrire de suite, et sans aucun blanc, sur un registre tenu régulièrement, les noms, qualités, domicile habituel, dates d'entrée et de sortie de toute personne qui aurait couché ou passé une nuit dans leurs maisons, sous peine d'une amende de 6 à 10 fr. »

Indépendamment de cette amende, l'art. 73 ordonne que « les aubergistes et hôteliers convaincus d'avoir logé plus de vingt-quatre heures quelqu'un qui, pendant son séjour, aurait commis un crime ou un délit, seront civilement responsables des restitutions, des indemnités et des frais adjugés à ceux à qui ce crime ou ce délit aurait causé quelque dommage, faute par eux d'avoir inscrit sur leur registre le nom, la profession et le domicile du coupable, sans préjudice de leur responsabilité, dans les cas des art. 1952 et 1953 du Code civil. »

La sévérité de cette responsabilité peut paraître frappante au premier abord; mais elle disparaît quand on considère, d'une part, qu'il leur est facile de s'y soustraire, en se conformant à la loi, et de l'autre, que, faute par les aubergistes et hôteliers de remplir une formalité facile et simple, ils fournissent à des coupables les moyens de se dérober plus aisément aux recherches de la justice; qu'ainsi leur négligence favorise l'impunité par le défaut de notions propres à faire découvrir les traces du crime ou du délit; et qu'enfin cette responsabilité est la peine de leur contravention à la loi.

258. On peut répondre du fait d'autrui en vertu de la loi; mais il faut que sa disposition soit expresse et formelle; car cette responsabilité étant contraire à la raison, on ne peut, en cette matière, raisonner par analogie : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* (L. 14, ff. *de legib.*, 1, 3.) La loi qui prononce la responsabilité du fait d'autrui est même presque toujours injuste. Nous en avons vu un exemple dans la fameuse loi du 10 vendémiaire an IV, sur la responsabilité des communes. Examinons les responsabilités prononcées par les dispositions du Code (1).

259. L'art. 1384 porte : « Le père, et la mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants *mineurs habitant* avec eux. »

Cette disposition tranche en peu de mots une question très-importante, et sur laquelle il n'existait point en France de loi générale avant la promulgation du Code civil. En partant du principe que le fait d'autrui ne peut nous être imputé, quand nous n'y avons coopéré directement ni indirectement, les moralistes et les livres saints en ont conclu, avec raison, qu'on ne peut pas plus imputer au père le fait du fils qu'au fils celui du père (2). Il y a cependant une grande différence entre ces deux cas. Le fils n'a aucune autorité sur la personne ni sur les actions de son père. Au contraire, la nature et la loi ont placé les enfants sous la puissance du père, spécialement chargé de leur donner une éducation convenable, et de diriger leurs ac-

(1) Rolland, v° *Dommage*, n° 11; Domat, liv. 1, tit. 16, sect. 1.

(2) « Filius non portabit iniquitatem patris, et pater non portabit iniquitatem filii, » dit le prophète Ézéchiel, cap. 18, vers. 20.

tions : c'est le censeur que la loi leur a donné.

Or la règle, qu'on ne peut imputer à personne les actions d'autrui reçoit une limitation dans le cas où l'on *peut* et *doit* les diriger (1). Cette limitation n'est pas moins fondée en raison que la règle même; car celui qui peut et doit empêcher un mal, et qui ne l'empêche pas, en répond comme s'il l'avait fait ou ordonné lui-même. Il peut donc y avoir, et il y a, en effet, des cas où le père doit répondre des dommages causés par ses enfants ; ce sont ceux où il a pu empêcher l'action qui les a causés.

260. On était allé plus loin sous l'ancienne législation, et en partant de la fausse supposition que le père peut toujours prévenir et empêcher ses enfants de faire des fautes, notre nouvelle coutume de Bretagne, conforme en cela à l'ancienne et à la très-ancienne, rédigée vers l'an 1230, porte, art. 656 : « Si l'enfant fait tort à autrui, tant qu'il sera au pouvoir de son père, le père doit payer l'amende civile, pour ce qu'il doit châtier ses enfants. »

On voit par différents arrêts du parlement de Paris, et les auteurs nous enseignent, que cet article fut suivi dans les provinces dont les coutumes ne contenaient point de disposition semblable, et qu'il devint le droit commun de la France : il s'est même trouvé des auteurs qui ont écrit que cet article était juste et fondé en raison (2).

Cependant dans notre Bretagne, où cette doctrine avait pris naissance, notre savant d'Argentré (3) s'éleva, avec toute la force de la raison, contre une disposition si évidemment injuste par sa généralité. « Sans doute, disait-il, le père doit corriger ses enfants ; mais il ne le peut pas toujours : il y a des naturels tellement indociles et féroces, que tous les soins, toutes les remontrances ne peuvent changer; qui n'écoutent, qui ne souffrent pas même les corrections. La raison ne permet donc pas de punir un père pour les actions d'un enfant, lorsqu'il n'a pu les empêcher; lorsqu'au contraire il a fait tout ce qui était en lui pour les prévenir; lorsqu'il était absent ; lorsqu'il en a confié l'éducation à des maîtres sages. Il faut donc, ajoute l'auteur, ou changer de disposition, en tempérer la dureté et l'injustice, ou rétablir la raison dans l'esprit des enfants, ce qui n'est pas au pouvoir des hommes. »

Ni le poids des raisons de d'Argentré, ni l'autorité des jurisconsultes les plus célèbres (4), ni l'observation journalière, qui nous démontre que la prévoyance la plus active des pères de famille les plus vigilants ne peut, le plus souvent, empêcher ni prévenir les actions d'un enfant qui cause du dommage; rien ne put ramener les esprits à la justice. On appliqua rigoureusement la responsabilité prononcée indéfiniment par la coutume de Bretagne, aux cas mêmes où les pères n'avaient pu empêcher l'action de leurs enfants (5). La jurisprudence n'y apporta d'autre adoucissement que celui de dispenser les pères de la responsabilité, quand le dommage avait été causé par un impubère encore incapable de malice et sans discernement du bien et du mal (6), parce que leurs actions, de même que celles d'un insensé, n'étant pas susceptibles d'imputation, et ne pouvant constituer ni un délit ni un quasi-délit (7), le dommage qu'ils peuvent causer, lorsqu'il n'a pu être prévenu ni empêché par les personnes chargées de les surveiller, ne saurait être considéré que comme l'effet d'un cas fortuit (8).

261. Mais cet adoucissement laissait subsister la responsabilité indéfinie du dommage causé

---

(1) « Actiones ab alio patratæ... non possunt alteri imputari, nisi quatenus ille potest et tenetur istas moderari, » dit fort bien Puffendorf, *de Offic. hom. et civ.*, lib. 1, cap. 1, nº 18.

(2) Levasseur, dans la collection de jurisprudence connue sous le nom de *Nouveau Denisart*, vº *Délit*, § 3, nº 5.

(3) Sur l'art. 611 de l'ancienne coutume.

(4) De Cujas, de Bartole, dont l'autorité était alors si grande. Ils raisonnent dans le cas où la responsabilité ne s'étendrait qu'à payer d'avance la légitime de l'enfant ; et dans ce cas-là même, ils décident qu'on ne peut l'exiger du père. Cujas, in leg. 1, § 21, ff. *de collat. bon.*, 37, 6, t. 4, *Op. posth.*, *part. sec.*, p. 102, édit. Fabrot, dit :

« Hic quærit Bartolus an pater cujus filius est condemnatus ob delictum et ei gravis mulcta dicta est, debeat legitimam repræsentare, qua possit condemnatus filius satisfacere? Et concludit justissime hoc non jure postulari. »

(5) Nous en trouvons un exemple dans l'arrêt du 11 sept. 1673, rapporté dans le *Journal du Palais*. Jean Thorel, enfant de quatorze ans quatre mois, jouant avec d'autres enfants, amassa une boule de neige pour la jeter à Charles Macherel ; mais au lieu de frapper celui-ci, il frappa Michel Balthus, autre enfant qui vint par hasard à passer, et lui creva l'œil. Il est évident que le père Thorel, qui n'était pas présent, n'avait pu prévenir ni empêcher cet accident. Cependant, il fut condamné à payer la réparation civile, en vertu de la responsabilité indéfinie prononcée par la coutume de Bretagne.

(6) Cette jurisprudence était constante. *Voy.* l'arrêt du parlement de Bretagne, du 23 octobre 1612, rapporté par Frain, troisième plaidoyer ; celui du 24 janv. 1621, rapporté dans le *Journal des Audiences*; celui du 11 septembre 1673, rapporté dans le *Journal du Palais*, dans lequel l'avocat général le Laboureur atteste qu'on avait toujours ainsi jugé. *Voy.* enfin Perrier, quest. 65; ce qui est conforme au droit romain, loi 5, § 2, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2; à la loi salique, cap. 26, art. 9, et au droit canonique, cap. 2, X, *de delictis puerorum*, lib. 5, tit. 23. Levasseur s'est trompé en assurant, dans le *Nouveau Denisart*, vº *Délit*, § 3, que telle n'était pas la jurisprudence.

(7) *Voy.* Puffendorf, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. 1, chap. 1, § 25; Pothier, *Traité des obligations*, nº 118.

(8) Dalloz, vº *Responsabilité*, nº 65 ; Rolland, *eod.*, nº 7, 8, 9 ; Delvincourt, t. 3, p. 452, notes; Proudhon, *de l'Usufruit*, nºs 1525, 1526, 1527 et 1528; Pothier, nº 120.

par les enfants pubères, dont l'injustice était évidente. Enfin, nos sages législateurs ont fait cesser cette injustice, et rétabli l'empire de la raison, par la disposition finale de l'art. 1384, qui porte : « La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les pères et mères, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. »

Au moyen de cette disposition, depuis si longtemps sollicitée par la raison, la responsabilité du père n'a plus rien de contraire à la justice. La nature a placé les enfants sous la surveillance et la direction du père; il est le censeur-né de leurs actions, il doit les diriger : il est donc juste qu'il en réponde; c'est une garantie qu'il doit à la société : voilà la règle.

262. Mais il existe une autre règle, également fondée sur la raison, c'est que personne n'est tenu à l'impossible. On ne peut imputer à personne de n'avoir pas fait une chose qui n'était pas dans son pouvoir; c'est un axiome de vérité éternelle. Cependant cette excuse même, fondée sur l'impossibilité, n'étant qu'une exception à la règle de la responsabilité, c'est le père qui doit la prouver, comme l'exige notre article 1384, conforme, en ce point, au principe reçu en matière de preuve. C'est au demandeur à prouver, et le défendeur devient *demandeur*, en alléguant une exception.

263. De plus, l'excuse ne devrait pas être reçue, si l'impossibilité d'empêcher l'action a été précédée d'une faute du père, sans laquelle l'événement qui a causé le dommage ne serait pas arrivé. En voici un exemple dans l'espèce d'un arrêt rendu par le parlement de Paris, au mois de mars 1784 :

Le fils de Carlier, armurier à Guise, et la fille de Taffin, tailleur, tous deux enfants de sept à huit ans, jouaient dans la boutique du père Carlier, qui était absent. L'enfant Carlier ouvre un tiroir, en tire un pistolet chargé à poudre, presse la détente : le pistolet part, et blesse la fille Taffin au visage. Taffin rend plainte contre Carlier père et fils. Le lieutenant criminel rend un décret d'ajournement personnel contre le fils Carlier.

Il était bien évident que le fait de ce dernier, dans un âge aussi tendre, ne constituait point un délit, et ne pouvait lui être imputé; aussi, sur l'appel de la procédure, le décret fut déclaré nul.

Il était encore évident que Carlier père, étant absent, n'avait pu empêcher l'action de l'enfant; mais il n'était pas moins évident que le père Carlier avait commis une faute, tout au moins une haute imprudence, en laissant, sans l'enfermer sous la clef, un pistolet chargé dans un lieu où les enfants allaient jouer. Sans cette faute, l'événement ne serait point arrivé. Il fut donc condamné à 200 fr. de dommages et intérêts et aux dépens. De plus, l'arrêt lui fit défense de tenir des armes chargées dans sa boutique, et, pour l'avoir fait, le condamna à trois livres d'amende, par forme de police (1).

Cet arrêt confirme ce que nous avons déjà dit, que le père répond de la faute de ses enfants, même impubères, quoiqu'il n'ait pu empêcher l'action, lorsqu'elle a été précédée d'une faute de sa part, sans laquelle l'événement ne serait point arrivé : car c'est alors sa faute personnelle qui a occasionné le dommage. Cela est conforme au principe établi *supra*, n° 154 (2).

264. L'excuse d'impossibilité rend inutiles aujourd'hui beaucoup de questions que faisait naître l'injustice de la responsabilité indéfinie. D'Argentré demandait si elle s'étendait au cas d'absence du père. Aujourd'hui la négative est en général évidente, car le père absent n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage.

Cependant il ne faut pas en conclure que le père absent soit toujours dégagé de la responsabilité. Il ne l'est pas en plusieurs cas; par exemple, si le fait a été précédé d'une faute de sa part, sans laquelle l'événement n'aurait pas eu lieu, comme dans le cas du père Carlier, dont nous venons de citer l'exemple. La faute la plus légère suffirait pour faire rejeter l'excuse d'impossibilité. La loi ne peut balancer entre celui qui a commis une faute, même légère, et celui qui en souffre, sans en avoir commis aucune. Quiconque a causé ou occasionné du dommage doit le réparer. C'est au magistrat d'examiner s'il n'y a pas de reproches fondés à faire au père ; si, au lieu de réprimander et de châtier l'enfant quand l'occasion s'en est présentée, il avait, par trop de faiblesse, passé sous silence, excusé, peut-être quelquefois autorisé, par ses exemples et sa conduite, des fautes de la nature de celles dont on se plaint, il pourrait, malgré son absence, être jugé responsable du dommage causé par l'enfant (3). On pourrait encore examiner s'il ne devait pas, s'il n'avait pas les moyens de faire surveiller un enfant vicieux ou connu par la pétulance de son caractère. Tout dépend des circonstances. L'excuse est abandonnée à la prudence et à la sagacité des magistrats (4).

265. La responsabilité cesse, quand le père a placé son enfant dans un collége ou autre maison d'éducation; c'est alors le chef de l'établissement qui répond civilement de ses actions.

(1) *Voy.* le *Nouveau Denisart*, v° *Délit*, § 6, n° 5. C'est sur cet arrêt que Levasseur, qui le rapporte, prétendait prouver que la jurisprudence ancienne, sur le point de non-responsabilité des fautes commises par des enfants en bas âge, n'était pas constante. Il est évident qu'il se trompait.

(2) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 718; Rolland, n° 31.

(3) *Sic* Brux., 29 juin 1826 (*Pasicrisie belge*); Bordeaux, 1er avril 1829; Dalloz, t. 10 (XXI, éd. fr.), p. 318.

(4) Delvincourt, t. 3, p. 455, note; Rolland, nos 34, 35; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 715.

Ainsi le veut la quatrième disposition de l'article 1384. Le père s'est reposé sur lui, en lui confiant l'enfant, d'une surveillance qu'il n'est plus désormais dans le cas d'exercer : c'est donc l'instituteur qui en est chargé dans la place du père. La loi lui délègue une portion d'autorité suffisante pour retenir l'enfant dans les bornes du devoir. C'est lui seul qui est en faute, *si ce dernier s'en écarte.* Il doit donc en répondre civilement, sans recours contre le père, mis désormais à l'abri de toute responsabilité, par la disposition de la loi, et par le mandat qu'il a spécialement donné au chef de la maison où il a placé son fils.

266. Cependant l'art. 79 du décret impérial du 15 novembre 1811, concernant le régime de l'Université, en statuant que pour les délits commis par les élèves au dehors des lycées, dans les sorties et promenades faites en commun, la partie lésée a le droit d'en poursuivre la réparation par les voies ordinaires, dit : « Dans tous » les cas, l'action sera dirigée contre le chef de » l'établissement auquel l'élève appartiendra, » lequel chef sera civilement responsable. »

Ceci est parfaitement conforme au Code civil ; mais l'article ajoute : « *Sauf son recours contre les » pères et mères, ou tuteurs, en établissant qu'il » n'a pas dépendu des maîtres de prévenir ni » d'empêcher le délit.* »

Cette dernière disposition est dans une contradiction manifeste avec l'art. 1384 du Code : 1° Si l'instituteur prouve qu'il n'a pas dépendu des maîtres de prévoir et d'empêcher le délit, l'impossibilité existe, à bien plus forte raison, à l'égard du père, demeurant peut-être à cent lieues de l'établissement où il a placé son fils. Comment donc exercer un recours contre lui, pour un cas où la loi le dégage de la responsabilité? Comment en exercer un contre le tuteur, que le Code n'assujettit point à cette responsabilité?

2° S'il est prouvé que les maîtres n'ont pu prévenir ni empêcher le délit, il est dégagé de la responsabilité par le Code (art. 1384). Il n'a donc pas de recours à exercer.

Au reste, il est difficile de prouver l'impossibilité de prévenir ou d'empêcher le dommage causé par un élève; car, dans un collége bien tenu, les élèves doivent être perpétuellement sous les yeux des maîtres : il y a donc le plus souvent défaut de surveillance de ces derniers (1).

267. Il faut ajouter que la disposition du décret impérial n'a pu ni déroger au Code civil, ni l'abroger. Il n'avait pas force de loi; et des magistrats pénétrés de leurs devoirs n'auraient pas dû asseoir un jugement sur cette disposition, même sous le gouvernement impérial, à plus forte raison sous le règne d'un monarque sage, qui, depuis longtemps, a jugé l'Université, senti la nécessité de corriger ses vicieuses institutions, et annoncé le dessein de les réformer, comme incompatibles *avec ses intentions paternelles, et avec l'esprit libéral de notre gouvernement.*

Ce sont les expressions du préambule de l'ordonnance du 17 février 1815, *portant règlement sur l'instruction pubique* (2).

Les tribunaux ne devraient donc pas admettre, aujourd'hui l'action récursoire d'un instituteur contre le père de l'enfant confié à ses soins (3).

268. Un professeur célèbre, aujourd'hui membre du conseil royal de l'instruction publique, va jusqu'à dire que si l'enfant qui a causé du dommage à son père demeure en même temps chez un maître d'apprentissage, le maître est tenu de réparer le dommage, parce que le père n'est tenu qu'autant que l'enfant demeure chez lui (4).

C'est peut-être aller un peu loin, surtout si le maître demeure dans la même ville que le père, et si le dommage est causé dans la maison du père (5).

269. Une loi du 17 ventôse an VIII prononça, art. 9, une amende de 1,500 fr. contre les conscrits réfractaires considérés comme déserteurs. Une autre loi du 6 floréal an XII, art. 9, ajouta que les père et mère répondraient civilement de l'amende prononcée contre le conscrit réfractaire ; ce qui n'empêchait point que le conscrit ne fût remplacé par sa municipalité.

Cette loi tyrannique, ainsi que toutes les lois sur la conscription décrétées sous Bonaparte, est abrogée par l'art. 12 de la charte, et remplacée par la loi du 10 mars 1818 sur le recrutement de l'armée.

270. Nous avons dit, n° 260, que l'ancienne jurisprudence dispensait le père de la responsabilité, lorsque l'enfant impubère avait agi sans discernement, parce que l'action n'est point alors imputable à l'enfant. Ce principe, émané de cette loi éternelle et immuable fondée sur la raison, est toujours le même : il a été consacré par l'art. 66 du Code pénal, qui laisse même aux juges une grande latitude de pouvoir pour décider si l'enfant a agi ou non

(1) *Sic* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 723.

(2) Malheureusement, cette réforme salutaire sera toujours empêchée par le grand nombre de gens en crédit, intéressés à maintenir les abus de cette institution, et l'énorme quantité de sinécures dont ils disposent. N'a-t-on pas vu un ministre occuper une place d'inspecteur de l'Université, pour en recevoir l'émolument? « Rem, quocumque modo rem. »

(3) Rolland, v° *Dommage*, n° 27, 64 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 715.

(4) Delvincourt, t. 3, p. 685, note 4. *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 722.

(5) Dalloz, v° *Rseponsabilité*, n° 476.

avec discernement. Il porte : « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé » qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté. » La loi, dit la cour de cassation, *ne le reconnaît coupable de crime ni de délit,* parce que l'action ne lui est pas imputable. Ajoutons, avec Pothier, n° 118, ni de *quasi-délit,* parce que l'action ne lui est pas imputable : il n'est donc pas obligé ; le dommage est considéré comme un cas fortuit.

Pour s'excuser de la responsabilité, le père n'a donc en ce cas rien autre chose à prouver, si ce n'est que son enfant était en trop bas âge pour agir avec discernement. Si le demandeur en réparation prétendait faire rejeter cette excuse, en disant que l'action de l'enfant pouvait être empêchée par le père ou par les personnes dont il répond, ce serait à lui de le prouver, à la différence du cas dont nous avons parlé, n° 262, où c'est au père de prouver qu'il a été dans l'impossibilité d'empêcher l'action de son enfant, dont la loi l'oblige de répondre, s'il n'a pas l'excuse d'impossibilité; au lieu que la loi ne l'oblige point de répondre des actions d'un enfant impubère et sans discernement.

Il en répondrait cependant, comme nous l'avons dit, n° 265, si l'action de l'enfant a été précédée d'une faute du père, sans laquelle l'action n'aurait pas eu lieu (1).

271. Ceci donne lieu à une observation importante. La responsabilité du père, obligé de réparer le dommage causé par son enfant, n'est pas autre chose qu'un cautionnement légal et forcé, une garantie que la loi exige pour le rendre plus attentif à veiller sur la conduite et les actions de ses enfants. L'enfant qui a causé le dommage n'en reste pas moins personnellement obligé à la réparation.

C'est l'obligation principale ; celle du père n'en est que l'accessoire. S'il est obligé de payer, c'est pour son enfant, c'est parce que son enfant doit ; en un mot, c'est la dette de l'enfant qu'il est contraint de payer d'avance et sans bénéfice de discussion. Il peut la répéter (2) vers lui, en rendant son compte de tutelle, la reprendre, ou s'en faire payer sur les biens avenus à l'enfant, par succession ou autrement, et s'il ne l'a pas répétée de son vivant, l'enfant devra le rapport à la succession du père (3) ; on devra l'imputer sur sa portion héréditaire (4).

272. Si le père est excusé de la responsabilité en prouvant qu'il est sans reproche, et qu'il n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage, cette excuse, qui est un acte de justice, lui est personnelle, et ne dégage pas l'enfant, véritable auteur du dommage. La partie lésée peut donc agir contre lui sous l'autorité du père, et le faire condamner personnellement à la somme due pour réparation du dommage, et aux dépens ; somme dont il pourra se faire payer dans la suite sur les biens qui aviendront à l'enfant.

Si même le dommage était causé par un crime ou par un délit, la partie lésée pourrait intervenir devant le tribunal criminel, pour exercer son action civile en dommages et intérêts, comme l'y autorise l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, sans être obligée d'appeler le père.

273. Mais s'il s'agit du dommage causé par un enfant impubère, sans discernement, *doli incapax,* il est évident que la partie lésée ne peut agir contre lui, parce que le fait ne lui est pas imputable. La procédure serait donc annulée, comme le fut le décret rendu contre l'enfant Carlier, âgé de sept à huit ans, *supra*, n° 265.

274. De là une autre conséquence en faveur de l'impubère, si son père est condamné à la responsabilité, parce qu'il pouvait empêcher le fait qui a causé le dommage, ou que ce fait a été précédé d'une faute de sa part, sans laquelle il ne serait pas arrivé. C'était le cas où se trouvait le père Carlier. Non-seulement le père ne pourra, dans ce cas, répéter de son fils devenu majeur la somme qu'il a été condamné de payer, parce qu'il y a été condamné pour une faute qui lui est personnelle ; mais encore, et par la même raison, le fils ne sera point obligé de rapporter cette somme à ses cohéritiers à l'ouverture de la succession du père, parce que ce n'est point la dette personnelle du fils, qui n'était point obligé, que le père commun a acquittée (5).

275. L'enfant pubère étant incontestablement obligé de rapporter, à l'ouverture de la succession, la somme payée pour réparation de sa faute, puisque c'est sa dette personnelle que le père a payée d'avance, l'exacte justice semblerait exiger que la responsabilité du père fût bornée à la légitime de l'enfant, c'est-à-dire à sa portion héréditaire dans les biens du père, toutes charges déduites ; car si le père est obligé de payer indéfiniment la totalité du dommage causé par l'enfant, toute la famille peut se trouver ruinée par la faute d'un seul (6). Il peut, en

(1) Rolland, v° *Dommage*, n° 25 ; Pothier, *des Oblig.*, n° 118 ; Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 481.

(2) *Voy* d'Argentré, sur l'art. 611 de l'ancienne coutume de Bretagne, et les auteurs qu'il cite.

(3) C'est ce qu'enseigne Duparc-Poullain, dans ses *Principes du droit*, t. 4, p. 210, n° 309.

C'est aussi une conséquence nécessaire de l'art. 851 du Code civil, qui porte que « le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers, *ou pour le payement de ses dettes.* »

(4) Rolland, n°s 36, 39 ; Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 488 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 717.

(5) Rolland, n°s 41, 42 ; Bellot, *Traité du mariage*, p. 448, 450, 458 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 719.

(6) Pour tempérer un peu cette injustice, un arrêt du parlement de Bretagne, du 22 octobre 1605, sursit l'exé-

effet, arriver que la valeur du dommage à réparer excède la fortune du père ; par exemple, si un pubère, demeurant chez son père, avait par imprudence incendié une maison voisine d'une valeur, meubles compris, supérieure aux biens du père ; dans ce cas, la famille entière serait ruinée, et les innocents seraient punis pour le coupable. Un auteur, qui écrivait sur la coutume de Bretagne (1), pensait donc que la limitation de la responsabilité du père à la légitime de l'enfant était nécessaire. Mais notre art. 1384 est conçu dans des termes trop généraux pour que les tribunaux puissent admettre, sans une loi nouvelle, une pareille limitation, quelque juste qu'elle soit. C'est le *dommage*, et non une portion du dommage qu'il ordonne de réparer : il faut donc exécuter la loi, quoique dure, pendant qu'elle existe. On ne peut se dissimuler qu'une responsabilité aussi étendue, qui oblige indéfiniment le père à payer des sommes rapportables à sa succession par le fils coupable, peut, en certain cas, être plus injuste que cette loi fameuse, qui ordonna le partage de présuccession des biens des père et mère en faveur du fisc, pour répondre de la faute commise par les enfants émigrés ; car cette loi du moins ne confisqua que la part virile de chaque enfant émigré, et en donna une au père, une à la mère, une autre à chacun des autres enfants.

276. Le parlement de Bretagne sentait tellement l'injustice de la responsabilité du père, telle que l'ordonnait l'art. 656 de la coutume, qu'il saisissait tous les prétextes d'en amollir la dureté. Un arrêt de 1607 (2) jugea que le père n'était pas tenu de rendre les sommes prises et volées par son fils, parce que la coutume n'oblige le père qu'à la réparation civile du délit, et non à la restitution de ce qui a été volé, *qui sont*, dit Belordeau, *choses bien différentes*. Il est au moins fort douteux qu'une pareille subtilité fût admise sous l'empire du Code civil, quoiqu'il ait rendu la responsabilité du père moins dure, en ce qu'il lui permet de prouver qu'il n'a pu empêcher le fait qui y donne lieu.

277. La coutume de Bretagne n'obligeait le père à réparer le dommage causé par son enfant, que *tant qu'il sera en son pouvoir*. Ainsi, la responsabilité cessait par l'émancipation de l'enfant. En est-il de même sous l'empire du Code (3)?

C'est aussi sur la puissance paternelle qu'il fonde la responsabilité du père. La preuve en est qu'après la mort de celui-ci, il impose la même responsabilité à la mère, qui exerce alors l'autorité ou la puissance paternelle. Cependant, le Code ne dit point, comme la coutume de Bretagne, que la responsabilité du père n'existe qu'autant que les enfants sont en son pouvoir : on ne peut donc douter qu'elle cesse par l'émancipation. La négative paraîtrait d'abord plus conforme à la lettre de l'art. 1384, qui porte, sans distinction ni limitation, que le père, et après sa mort la mère, sont responsables du dommage causé par leurs enfants ***mineurs, habitant avec eux***. Or l'émancipation ne fait pas cesser la *minorité*.

Mais considérons que l'art. 372 porte que l'enfant « reste sous l'autorité de ses père et mère *jusqu'à sa majorité* ou *son émancipation ;* » que, d'un autre côté, la responsabilité est incontestablement fondée sur la puissance paternelle, et qu'enfin elle est contraire au droit commun, et même au droit divin (4); que, par conséquent, au lieu de l'étendre, il faut la restreindre dans les bornes les plus étroites. Nous pensons qu'elle doit, comme autrefois, cesser par l'émancipation (5).

278. Le Code ne soumet la mère à la responsabilité du dommage causé par ses enfants qu'après la mort du père, parce que ce n'est qu'alors qu'elle exerce la puissance paternelle. (Art. 373.) Mais n'y a-t-il point des cas où elle peut y être soumise auparavant? C'est elle qui est spécialement chargée de la garde des enfants dans le premier âge; et si le dommage qu'ils ont causé, lorsqu'ils sont encore sans discernement, ne peut leur être imputé, nous avons vu que le père n'en est pas moins responsable, quand il est prouvé qu'il a pu empêcher le fait de l'enfant. Or, si, dans l'absence du père, l'enfant cause du dommage par un fait que la mère présente pouvait empêcher, le père et la mère seront-ils dégagés de la responsabilité, le père, en prouvant qu'il était absent et n'a pu empêcher l'action ; la mère, en alléguant que le Code ne la soumet à la responsabilité qu'à la mort du père (6)?

279. Cette question nous conduit à l'examen d'une autre, dont la solution facilitera la décision de celle-ci : c'est de savoir si, sous l'empire du Code, les maris répondent civilement des délits de leurs femmes, qui sont en leur puissance.

L'art. 657 de la coutume de Bretagne portait que « le mari est tenu de réparer civilement le forfait que sa femme ferait, sur les biens de leur communauté. »

---

cution de la réparation après la mort du père, ayant égard à sa pauvreté et caducité. C'est le second arrêt rapporté par Hevin, sur l'art. 656 de la coutume.

(1) Belordeau, *Observations forenses*, liv. 1, chap. 13.

(2) Rapporté par Belordeau, *ubi supra*.

(3) Le père ne répond du fait de ses enfants mineurs qu'autant qu'ils habitent avec lui : la loi ne distingue pas, du reste, entre l'enfant naturel reconnu et l'enfant légitime, entre l'enfant émancipé et celui qui ne l'est pas. (Boileux, sous l'art. 1384.)

(4) Ézéchiel, cap. 18, vers. 20.

(5) Rolland, n° 26; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 715, 716.

(6) Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 487; *contra*, Bellot, *du Contrat de mariage*, t. 1, p. 451.

Mais cet article, loin d'être suivi dans le reste de la France, était contraire au droit commun (1). Dans la législation actuelle, il faut distinguer.

L'art. 7, titre 2, de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, *sur les biens et usages ruraux et sur la police rurale*, porte : « Les mari, père, mère, tuteurs, maîtres, entrepreneurs de toute espèce, seront civilement responsables des délits commis par leurs femme et enfants, pupilles n'ayant pas plus de vingt ans et non mariés, domestiques, voituriers ou autres subordonnés. L'estimation du dommage sera toujours faite par le juge de paix ou ses assesseurs, ou par des experts par eux nommés. »

Mais il faut remarquer que cet article n'a pour objet que les délits ruraux, dont s'occupe la loi dont il fait partie, c'est-à-dire les délits relatifs à la police rurale. Or, les lois spéciales sur la responsabilité, en certains cas particuliers, étant contraires au droit commun, doivent être strictement renfermées dans leurs termes. On ne peut donc étendre aux délits commis par la femme dans les autres cas la responsabilité des maris pour les délits ruraux qu'elle a commis : c'est ici une disposition spéciale. Aussi l'art. 1384 du Code, relatif aux dommages causés dans les cas ordinaires des autres délits et quasi-délits, n'a point rendu le mari responsable des délits de sa femme, et l'art. 1424 dit que les amendes encourues par la femme « ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté. »

Il n'est pas douteux qu'il en est de même des dommages-intérêts auxquels la femme a été condamnée, pour les dommages résultant des délits ordinaires et des quasi-délits qu'elle a commis. On trouve, dans le *Répertoire de jurisprudence* (2), trois arrêts de la cour suprême qui ont cassé, dans l'intérêt de la loi, des arrêts par lesquels, en déclarant des femmes coupables du délit d'injures verbales, les juges avaient condamné leurs maris solidairement avec elles à l'amende et aux dommages et intérêts. On en trouve, au même endroit, un quatrième rendu sur le recours d'Étienne Freret. C'est donc un point de jurisprudence bien constant, que le Code ne rend pas, en général, le mari responsable civilement des délits de sa femme (3).

Mais le même Code n'ayant point abrogé la loi spéciale du 6 octobre 1791, relative aux délits ruraux, il en résulte que cette loi doit continuer d'être suivie, et que le mari est responsable des délits ruraux commis par sa femme, et doit payer la réparation civile et les dépens. C'est ce qu'a décidé l'arrêt de la cour de cassation, du 23 décembre 1818, dont nous avons parlé à une autre occasion, *supra*, n° 152. Les femmes Rigaud, Menager et Charbonnier, et plusieurs filles, avaient glané avec des râteaux de fer prohibés, dans les champs du sieur Chevalier, ensemencés de trèfle et de luzerne : c'était certainement un délit rural ; aussi, leurs maris furent condamnés aux dommages et intérêts solidairement avec elles, comme civilement responsables. Cet arrêt fut maintenu et le pourvoi rejeté le 23 décembre 1818, par le motif « que le jugement attaqué, en ce qu'il condamne les pères et mères comme civilement responsables des délits de leurs enfants, et les maris comme civilement responsables de ceux de leurs femmes, n'a fait, dans les cas où ces délits ont produit un dommage, qu'une juste application des articles 1383 et 1384 du Code civil, les uns et les autres ne prouvant point qu'ils n'ont pu empêcher de les commettre ceux qui étaient sous leur surveillance. »

On peut remarquer que, dans ce considérant, si la cour de cassation ne cita point la loi de 1791, qui prononce expressément la responsabilité contre les maris, pour les délits ruraux de leurs femmes, mais seulement les art. 1383 et 1384, qui ne le prononcent point spécialement pour les autres délits, ce fut sans doute parce que la cour trouva, dans les circonstances de l'affaire, des raisons suffisantes pour appliquer aux maris des trois femmes condamnées la règle générale établie par la première disposition de l'art. 1384, qui porte : « On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait *des personnes dont on doit répondre.* »

Mais quelles sont les personnes dont on doit répondre ?

Celles, sans contredit, qu'on a sous sa puissance, et auxquelles on peut commander.

Les dispositions suivantes font une application spéciale de la règle : 1° au père, et, après son décès, à la mère, qui répondent de leurs enfants mineurs habitant avec eux, parce qu'ils peuvent leur commander, et qu'ils ont sur eux la puissance paternelle ;

2° Aux maîtres, qui répondent de leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, parce qu'à cet égard ils peuvent leur commander ;

3° Aux instituteurs, etc., qui répondent de leurs élèves, etc., auxquels aussi ils peuvent également commander.

De ces applications spéciales de la règle, il résulte que la seule qualité de père, de maître, d'instituteur, suffit pour autoriser la partie lésée à diriger contre eux une action en dommages et intérêts, sans prouver autre chose que la réalité

(1) *Voy.* les notes de Duparc-Poullain sur cet article, et les auteurs qu'il cite.

(2) V° *Délit*, § 8.

(3) *Sic* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 720 ; Delvincourt, p. 225, n° 4 ; cass., 16 août 1811 et 20 janvier 1825.

du délit ou quasi-délit de celui qui a causé le dommage. S'ils ont une excuse légitime, c'est à eux de la prouver. La dernière disposition de l'article leur permet de prouver *qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité;* mais c'est à eux d'en apporter la preuve, parce que l'art. 1384 du Code établit contre eux une présomption de négligence (1).

280. Au contraire, l'art. 1384 n'a point fait aux maris l'application spéciale de la règle ; il n'a point établi contre eux la présomption de négligence, qu'il a établie contre les pères, les maîtres, les instituteurs. Faut-il en conclure que les maris ne sont, en aucun cas, responsables des délits de leurs femmes? Non, certes; c'est ce que le Code n'a dit ni pu dire, car la femme est en la puissance du mari; il peut lui commander, elle doit lui obéir; ainsi le veulent les lois divines et humaines : il doit donc diriger ses actions. Mais quand doit-il en répondre envers des tiers qu'elle a lésés? Quand il est en faute de ne l'avoir pas dirigée; quand il pouvait empêcher, et qu'il n'a pas empêché le dommage qu'elle a causé, ou bien encore, quand elle l'a causé dans les fonctions auxquelles il l'a employée. Voilà ce que dit la raison.

Mais la loi n'ayant point établi, contre le mari, la présomption de négligence, relativement à la surveillance des actions de sa femme, en ne lui faisant point l'application spéciale de la règle de responsabilité, comme elle l'a spécialement appliquée au père, etc., il en résulte que la partie lésée, qui prétend le rendre responsable du fait de sa femme, doit prouver qu'il est en faute et qu'il a pu l'empêcher; mais aussi cette preuve faite, la responsabilité du mari n'est pas douteuse. C'est l'opinion de Pothier, dans son *Traité de la puissance maritale*, n° 52, où il dit que ceux qui ont obtenu des condamnations pécuniaires contre la femme, pour délits ou quasi-délits, ne peuvent s'en faire payer sur le revenu de ses propres pendant que dure la communauté, comme le porte aussi l'art. 1424 du Code, « parce que, dit Pothier, le mari ne doit pas souffrir des délits ou quasi-délits de sa femme, lorsqu'il n'y a point eu de part *et qu'il n'a pu les empêcher.* » Donc il en répond, s'il a pu les empêcher. C'est aussi la doctrine des moralistes et des auteurs qui ont écrit sur le droit naturel. Ils posent en principe général que les actions d'autrui peuvent être imputées à celui qui a pu et dû les empêcher (2). Enfin, on trouve la même maxime dans les lois romaines : *Qui scit et prohibere potuit fecisse videtur* (3).

Dans l'espèce de l'arrêt du 25 décembre 1818, les faits mêmes de l'affaire prouvaient que les maris avaient connu et pu empêcher le délit commis par leurs femmes, puisqu'elles étaient sorties de leurs maisons avec les râteaux de leurs maris, pour aller glaner dans les champs de Chevalier. Or un laboureur n'ignore jamais ni le lieu où sa femme va travailler, ni les travaux qu'elle va faire ; c'est toujours lui qui dirige et ordonne le travail de chaque jour. Ce fut donc avec raison que la cour de cassation décida qu'en condamnant les maris à la réparation d'un délit commis par leurs femmes, et qu'ils avaient pu empêcher, il avait été fait une juste application des art. 1383 et 1384.

281. Appliquant ces principes à la question que nous avons posée *supra*, n° 278, savoir : si la mère doit répondre du dommage causé par son enfant en bas âge et incapable de discernement, lorsqu'elle a pu empêcher le dommage, l'affirmative ne nous paraît pas douteuse ; la responsabilité générale, prononcée par la première disposition de l'art. 1384, est évidemment applicable à ces cas; car, comment nier que la mère doive répondre de l'enfant que la nature et la loi ont spécialement confié à sa garde et à sa vigilance, lorsqu'elle a pu l'empêcher de mal faire?

Mais le père, absent au moment où la mère a négligé d'empêcher le dommage causé par l'enfant, doit-il répondre de la négligence de sa femme? La négative nous paraît également certaine; sa responsabilité cesse dans tous les cas, suivant la dernière disposition de l'art. 1384, lorsqu'il prouve qu'il n'a pu *empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité;* il est absolument sans reproche, en laissant à la mère la garde et la surveillance de l'enfant.

On peut objecter qu'en n'empêchant point l'enfant dont elle a la garde de causer du dommage, quand elle le peut empêcher, c'est une faute commise dans l'exercice des fonctions que son mari lui a confiées, et que, par conséquent, il doit en répondre; mais remarquons que c'est moins le mari que la nature et la loi qui ont mis l'enfant en bas âge sous la garde de la mère. On ne peut donc assimiler ce cas à celui où le mari emploie sa femme à des fonctions étrangères à la maternité, comme dans le cas des femmes Rigaud, Menager et Charbonnier, dont nous avons parlé n° 279. C'est alors seulement que le mari doit répondre du dommage causé par sa femme, dans les fonctions auxquelles il l'a spécialement employée, comme il y eût employé toute autre personne.

Mais il en est tout autrement, quand le mari n'a fait que laisser son épouse remplir un devoir naturel, qu'il n'eût pu, sans barbarie, l'empêcher de remplir. Alors, certes, il n'y a pas l'ombre d'un reproche à lui faire ; la mère seule est

(1) *Voy.* Rolland, *eod.*, n° 7; Dalloz, *eod.*, n° 501.

(2) « Actiones ab alio patratæ... non possunt alteri imputari, nisi quatenus ille potest, et tenetur eas moderari. » Puffendorf, *de Offic. hom. et civ.*, lib. 1, cap. 1, § 18. *Voy* aussi Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens*, 2e part., chap. 10, § 10, nos 1 et 2, t. 2, p. 33, édit. de Paris, 1820.

(3) L. 1, § 1, ff. *si familia furtum fecisse dicitur*, 47, 6.

en faute, elle doit seule répondre du dommage qu'elle pouvait empêcher, et qu'elle n'a pas empêché (1).

282. La troisième disposition de notre article 1384 fait une seconde application spéciale du principe général de responsabilité, posé dans la première disposition, en statuant que *les maîtres et les commettants* répondent « du dommage causé par leurs *domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* (2). »

Cette disposition n'a rien que de conforme à la raison. Dans la règle, les maîtres ne répondent pas des dommages causés par leurs domestiques (3). C'est une conséquence du principe qu'on ne répond pas des actions d'autrui.

Mais ce principe souffre exception, à l'égard de celui qui a commandé une action ; il répond éminemment des dommages qui en résultent.

Or, c'est commander une action que d'y employer un domestique, ou de charger tout autre préposé de le faire pour soi. L'action devenant alors le fait du maître ou des commettants, il en doit répondre comme de son propre fait. L'obligation de réparer le dommage qu'elle peut avoir causé est donc une obligation personnelle et principale du maître ou commettant, comme l'a fort bien dit la cour de cassation, dans un arrêt du 11 juillet 1808, d'où il résulte que toute action en réparation peut être, en ces cas, dirigée directement contre le maître ou le commettant, sans appeler le domestique ou le préposé, qui n'a fait qu'exécuter ses ordres, et qui pourrait même, suivant les circonstances, se faire renvoyer hors de cause (4), si on l'y avait mis en même temps que le maître ou le commettant; et si on l'y avait mis seul, appeler le maître ou le commettant en garantie. Par exemple, un maître envoie son domestique, ou un ouvrier salarié, recueillir les fruits d'un champ. Celui-ci y va, et les recueille; le propriétaire du champ l'entreprend comme voleur. Le domestique, ou l'ouvrier à gages, qui a agi de bonne foi, peut, sans contredit, appeler en garantie son maître ou son commettant, en alléguant qu'il n'a fait que suivre ses ordres, et demander à être mis hors de cause (5).

Il n'est même pas nécessaire de prouver la mission du domestique. Il suffit qu'on l'ait vu occupé des travaux auxquels il est ordinairement employé; qu'on ait vu l'ouvrier travaillant avec les domestiques de la maison. Absent ou présent, le maître est présumé savoir que ses domestiques ont été employés à leurs travaux ordinaires, et par conséquent leur en avoir donné l'ordre par lui-même, ou par ceux qu'il a laissés à la tête de ses affaires (6).

La responsabilité du maître ou du commettant est donc d'une nature essentiellement différente de celle du père de famille, obligé de répondre du dommage causé par son enfant mineur. La responsabilité de ce dernier, comme nous l'avons vu nº 267, n'est pas autre chose qu'une garantie que la loi exige du père, un cautionnement forcé du dommage causé par l'enfant, qui reste toujours le principal obligé. L'obligation du père n'est qu'accessoire, sauf son recours contre l'enfant, au lieu que le maître ou le commettant est obligé principal et non subsidiaire, en ce qui concerne la réparation du dommage causé par une action qu'il a commandée, ou il est censé avoir commandée; en un mot, qu'il est considéré comme l'ayant faite lui-même par le ministère de son domestique ou de son préposé, contre lesquels il ne peut, par conséquent, avoir de recours; car il serait absurde que celui qui a commandé une action pût avoir, à raison de cette action, un recours à exercer contre celui qui l'a faite par son ordre (7).

283. Ceci nous suggère la véritable raison du silence gardé à l'égard des maîtres et commettants, dans la dernière disposition de l'art. 1384, qui porte que la responsabilité *des pères et mères, des instituteurs et artisans*, cesse, « quand ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité, » et qui ne dit point que celle des maîtres et commettants cesse par la même preuve.

Nonobstant ce silence, Tarrible, dans son discours au corps législatif, en lui présentant le

(1) *Voy.* Rolland, vº *Dommage*, nºs 8, 9 et 10 ; Dalloz, vº *Responsabilité*, nº 303.

(2) L'État est responsable des dommages causés par des travaux, qu'il a fait exécuter, surtout s'il y a faute de la part de ses agents.

La construction d'une digue ou l'exhaussement d'un chemin de halage, qui ont eu pour résultat de faire écrouler un mur et une partie d'une maison d'habitation, donnent lieu à une indemnité. (Brux., cass., 9 janvier 1845; Liége, 13 juillet 1844; *J. de Belg.*, 1845, 1re part., p. 305, et 1846, p. 221.)

(3) Hutcheson, *Système de philosophie morale*, t. 2, liv. 1, chap. 5, nº 1, *Droits qui naissent des injures et des dommages causés par autrui*, pose ainsi la règle :

« Les dommages causés par les domestiques à gages ne retombent que sur eux ; mais leurs maîtres en sont responsables, lorsque c'est par leurs ordres qu'ils les ont causés. »

(4) *Voy.* Duparc-Poullain, t. 8 de ses *Principes*, p. 94.

(5) *Voy.* d'Argentré, sur l'art. 146 de l'ancienne coutume de Bretagne.

Il en serait autrement, si la chose à laquelle le domestique ou l'ouvrier a été occupé était criminelle en soi ; car alors ils ne devaient pas obéir au maître, ni se charger de faire une pareille action. Ils ne pourraient, dans ce cas, appeler le maître en garantie. *En délit et forfait n'y a garant*, dit l'art. 139 de la coutume de Bretagne : *Mandato in re vetita parendum non fuit*. Le commettant et le préposé devraient alors être condamnés solidairement, sans recours l'un vers l'autre. *Voy.* le *Commentaire* de Duparc-Poullain sur la coutume de Bretagne, t. 1, p. 121 et 441.

(6) *Voy.* Serpillon, *Code criminel*, t. 1, p. 393, et Farinacius qu'il cite.

(7) Rolland, vº *Dommage*, nºs 49, 50, 51, 52; Dalloz, vº *Responsabilité*, nº 336.

vœu du tribunat, sur la loi relative aux engagements sans convention, pense que la responsabilité cesse à l'égard des maîtres et des commettants, comme à l'égard des pères, mères, instituteurs et artisans, s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu.

Bertrand de la Greuille, au contraire, dans le rapport qu'il fit au tribunat sur la même loi, dit positivement que les maîtres et commettants ne peuvent, en aucun cas, argumenter de l'impossibilité où ils prétendraient avoir été d'empêcher le dommage causé par leurs domestiques ou préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. « Le projet, dit-il, les assujettit à la responsabilité la plus entière et la moins équivoque. Cette disposition, ajoute-t-il, qui se rencontre déjà dans le Code rural, ne présente rien que de très-équitable. N'est-ce pas, en effet, le service, dont le maître profite, qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer? N'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents? Et serait-il juste que des tiers demeurassent victimes de cette confiance inconsidérée, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent? La loi ne fait donc ici que ratifier ce que l'équité commande, ce que de trop fréquents et de trop fâcheux exemples rendent nécessaire, et ce que la jurisprudence de tous les temps et de tous les pays a consacré. »

Malleville, sur cet article, s'est rangé à cette dernière opinion, qui est aussi celle de Pothier, *Traité des obligations*, n° 121. Il enseigne que le maître est responsable des délits et quasi-délits des serviteurs et ouvriers qu'il emploie, même dans le cas où il n'aurait pas été en son pouvoir de les empêcher, lorsqu'ils sont commis dans l'exercice des fonctions auxquelles ils sont employés, même en l'absence du maître; ce qui a été établi, dit-il, pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques.

Cette opinion est la seule vraie, la seule conforme au texte et à l'esprit du Code, qui ne rend le maître responsable du dommage causé par ses domestiques que *dans les fonctions* auxquelles il les emploie, dit l'art. 1384. Dans l'exercice de ces fonctions, dit Pothier, on ne peut admettre l'excuse qu'il n'a pu empêcher le dommage, puisque c'est lui qui a commandé ou qui est censé avoir commandé l'action qui l'a causé. La seule excuse recevable serait la preuve que le dommage a été causé hors de l'exercice de leurs fonctions (1).

284. Le dommage causé par les domestiques ou préposés, *dans les fonctions* auxquelles on les emploie, peut l'être de deux manières : ou par l'action même qui leur a été commandée, sans aucune faute de leur part, comme dans l'exemple du domestique ou de l'ouvrier que le maître a envoyé couper la récolte, ou cueillir les fruits d'un champ qu'il croyait lui appartenir. C'est dans ces cas et autres semblables qu'ils peuvent appeler le maître en garantie, et demander à être renvoyés hors de cause, lorsqu'ils y ont été mis. Il est évident que, dans des cas semblables, le maître ou le commettant ne peut avoir aucun recours contre ceux qui n'ont fait qu'exécuter ses ordres.

Il peut arriver aussi que le dommage causé par les domestiques ou préposés ne vienne pas de l'action même à laquelle ils ont été employés, mais seulement de la faute qu'ils ont commise en la faisant, par ignorance, maladresse ou imprudence. Par exemple, un cocher maladroit ou malintentionné a blessé un passant ou causé d'autres dommages: un charpentier, chargé de placer une charpente, a, par impéritie ou défaut de précaution, laissé tomber sur la maison voisine une pièce de bois dont la chute a causé un grand dommage. Dans ces cas et autres semblables, le maître ou le commettant n'en est pas moins responsable du dommage, et même principal obligé à la réparation, quand même il eût été absent (2), quand même il n'eût pas été dans son pouvoir d'empêcher le dommage; car il est commis *dans les fonctions* auxquelles il avait employé le cocher ou le charpentier : ce qui a été établi, dit Pothier, n° 121, pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques et d'ouvriers adroits. C'est le cas de dire, avec les lois romaines, qu'on n'est point sans reproche, ni exempt de faute, en employant des hommes maladroits, imprudents ou méchants, à des fonctions dans lesquelles ou à l'occasion desquelles ils peuvent causer du dommage à autrui : *Aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur.* (L. 5, § 6, ff. *de obligat. et act.*, 44, 7.)

285. Mais, dans les cas où le dommage est arrivé par la faute des domestiques ou préposés, quoique la faute soit commise dans les fonctions ou à l'occasion des fonctions auxquelles ils étaient employés, le maître a un recours contre eux; car ils sont eux-mêmes soumis au principe général consacré par l'art. 1382, que toute personne doit réparer le dommage arrivé par sa faute. La loi sur la police rurale, du 6 octobre 1791, titre 2, contient même une disposition spéciale sur ce point. L'art. 7 déclare les maîtres responsables des délits commis par leurs domestiques, ouvriers ou subordonnés, et l'art. 8 ajoute : « Les domestiques, ouvriers... ou autres subordonnés, seront à leur tour res-

(1) *Voy.* Pothier, *Obligations*, n° 121; Malleville, sur l'art. 1384; Rolland, n° 56; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 724.

(2) Telle était aussi l'ancienne jurisprudence. *Voy.* Serpillon, *Code criminel*, t. 1, p. 593 et suiv.; les arrêts et les auteurs qu'il cite; le *Nouveau Denisart*, v° *Délit*, § 8, n° 2.

ponsables de leurs délits envers ceux qui les emploient. » Cette disposition est de toute justice (1).

286. Enfin, les délits et quasi-délits des domestiques et préposés qui causent du dommage, peuvent être et sont le plus souvent commis hors de l'exercice de leurs fonctions; mais alors les maîtres et les commettants n'en répondent pas plus sous l'empire du Code qu'ils n'en répondaient sous la précédente législation.

C'est un point de droit très-ancien, et conforme à la raison; car on ne peut jamais présumer que le maître ait donné à ses subordonnés l'ordre ou le mandat de délinquer hors de l'exercice des fonctions auxquelles il les emploie, non plus qu'à leur occasion.

Un arrêt, rapporté par Soesve, tome 2, page 52, nous en donne un exemple dans l'espèce suivante: Un laquais, ayant insulté et grièvement blessé un particulier de deux ou trois coups d'épée dans les reins, fut poursuivi criminellement; mais le blessé prétendit que le maître était tenu à la réparation civile, comme ayant favorisé l'évasion du laquais, en lui payant l'argent qu'il lui devait, pour se sauver. L'arrêt du 20 février 1657 jugea que le maître n'en était point tenu. Il était justifié, par les informations, que le maître n'était point présent à l'action, et que le laquais n'avait point d'épée au moment de la rixe; il en alla chercher une, non chez son maître, mais en une maison prochaine.

Un autre arrêt, du 18 juillet 1698, rapporté à sa date dans le *Journal des Audiences,* a jugé qu'un maître ne répond point des vols de fruits faits dans un jardin ou verger voisin par ses domestiques.

287. Il en serait autrement s'il était prouvé que le maître avait connaissance de ces délits, qu'il les avait tolérés et pouvait les empêcher (2). (LL. 3 et 4, ff. *de noxal. act.,* 9, 4.)

288. Les rixes, les injures verbales dont les domestiques peuvent se rendre coupables, sont aussi des délits absolument étrangers à leur service et aux fonctions auxquelles on les emploie, et dont par conséquent les maîtres ne sont point responsables. Un arrêt de la cour de cassation, rendu dans l'intérêt de la loi, sur les conclusions de Merlin, le 17 septembre 1806, annula, comme ayant contrevenu à l'art. 1384 du Code, un jugement qui avait condamné François Pensin, solidairement avec Marie-Anne Lallemand, sa domestique, aux dommages-intérêts, à raison des injures verbales dont cette dernière s'était rendue coupable envers la femme de Claude Sery (3).

289. Levasseur, dans le *Nouveau Denisart,* vº *Délit,* § 3, nº 3, prétend qu'en fait de chasse, les maîtres répondent civilement des *amendes* et dommages et intérêts auxquels donnent lieu les délits commis par leurs domestiques; qu'on n'examine pas alors s'ils ont chassé en présence de leurs maîtres, par leur ordre ou par leur permission, *sans leur aveu et malgré leur défense;* que dans les deux derniers cas, le maître est *présumé* avoir pu empêcher son domestique de chasser; qu'en conséquence, dans tous les cas quelconques, il est condamné comme garant des faits de son domestique.

Au soutien d'une doctrine si contraire aux principes, il cite l'art. 7, titre 32 de l'ordonnance des eaux et forêts, de 1669, qui n'en parle point, et deux arrêts de la Maîtrise des eaux et forêts, rendus, l'un en 1735, et l'autre en 1767. Celui-ci condamna la veuve Duval, en l'amende, *solidairement* avec ses domestiques, qui avaient tendu des collets; celui-là, les religieux de Saint-Vincent du Mans, en l'amende, aussi solidairement avec leurs domestiques, qui avaient chassé.

Cette doctrine de Levasseur, qui rend les maîtres responsables des faits de chasse de leurs domestiques qui ont chassé à leur insu, et même *malgré leur défense,* est contraire aux principes reçus même antérieurement à la révolution. « Les maîtres, dit Pothier, nº 456, sont tenus des délits de leurs domestiques, lorsqu'ils ne les ont pas empêchés, ayant pu le faire. »

Si quelques Maîtrises, qui n'étaient que des juridictions d'exception, suivirent d'autres principes, leurs sentences n'en étaient pas moins injustes, et leur jurisprudence n'était pas générale. Elle n'est plus soutenable aujourd'hui.

Les injustes et même barbares lois sur la chasse furent abrogées par le décret du 4 août 1789, sanctionné le 5 novembre suivant. Le droit de chasse est réglé par la loi du 30 avril 1790, qui ne punit les faits de chasse que d'une amende de 20 fr. envers la commune du lieu, et d'une indemnité de 10 fr. envers le propriétaire des fruits, sans préjudice de plus grands dommages et intérêts, s'il y échoit. L'art. 6 de la même loi rend les pères et mères responsables des délits de chasse de leurs enfants mineurs de vingt ans, non mariés, et domiciliés avec eux, mais non pas de ceux de leurs domestiques, dont les maîtres ne répondent que lorsqu'ils ont pu empêcher les délits ou qu'ils sont commis dans les fonctions auxquelles ils les ont employés (4). (Art. 1384.)

290. Il faut rappeler ici un principe général fondé sur la raison; c'est qu'en matières crimi-

(1) Rolland, vº *Dommage,* nºˢ 53, 54 et 55; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 725.

(2) Rolland, *cod.,* nº 62; Pothier, nº 456; Dalloz, vº *Responsabilité,* nº 577; Delvincourt, t. 3, p. 454, notes.

(3) Cet arrêt est rapporté dans le *Répert.,* vº *Délit,* § 8.

(4) *Voy.* Rolland, *cod.,* nºˢ 59, 60 et 61; Dalloz, *cod.,* nº 572; Pothier, nº 122; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 724.

nelles comme en matières civiles, les responsabilités légales que peuvent encourir les personnes, sans avoir participé au crime, délit ou contravention qui y donne lieu, ne s'étendent point aux peines prononcées contre les délinquants. Les peines sont toujours personnelles. La responsabilité ne peut porter que sur le dommage causé à autrui.

Or les *amendes* prononcées contre les infractions des lois sur la chasse ou sur la pêche ont, comme celles prononcées en punition des autres délits, le caractère de peines. Ce sont des peines correctionnelles, suivant l'art. 9 du Code pénal : elles ne peuvent donc être prononcées contre ceux qui ont encouru la responsabilité légale des faits d'autrui (1).

Au contraire, les dépens ne sont point des peines; ils ne sont que l'indemnité des frais avancés pour la poursuite du délit ou de la contravention ; et dès lors, ils doivent être considérés comme faisant partie des dommages et intérêts dont la responsabilité peut être prononcée contre ceux qui y sont assujettis par les lois, ou qui s'y sont soumis par convention. Ces principes sont nettement exposés dans un arrêt de la cour de cassation, du 14 juillet 1814.

On voit par là combien les arrêts cités par Levasseur étaient contraires aux vrais principes.

Si l'amende est en général considérée comme peine, qui ne peut être prononcée contre ceux qui ne sont pas civilement responsables d'un fait auquel ils n'ont pas concouru, il en est autrement, par exception, des amendes en matière de contravention aux lois sur les douanes. L'amende n'est alors considérée que comme une réparation du préjudice causé à l'État par les effets de la fraude, et par cette raison, les tribunaux civils ont aussi, dans beaucoup de cas, le droit de la prononcer. Elle ne peut donc être assimilée aux peines, qui sont personnelles, et qu'on ne peut, par cette raison, appliquer qu'à ceux qui ont commis le délit qui y donne lieu (2).

D'où il suit qu'elle peut être prononcée contre ceux qui ont encouru la responsabilité légale du délit ou de la contravention commise par la personne dont ils doivent répondre.

La loi du 22 août 1791 contient même une disposition (3), qui rend les propriétaires des marchandises civilement responsables du fait de leurs agents, en ce qui concerne les droits, la confiscation et l'amende. Cette disposition prouve que l'amende n'est point une peine exclusivement applicable à celui qui a personnellement et matériellement commis la contravention. Ce fut sur ces principes, développés dans les considérants, qu'un arrêt de la cour de cassation du 7 juin 1811 annula le jugement d'une cour criminelle, qui avait jugé que les peines étant personnelles, la mère d'une fille de dix ans, sur laquelle on avait fait une saisie de sel, ne pouvait être condamnée à l'amende de 100 fr. encourue par la contravention de sa fille, dont elle devait répondre, puisqu'elle demeurait chez elle (4).

291. L'action en responsabilité du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre, n'étant qu'une action purement civile, elle passe contre les héritiers de celui que la loi soumet à la responsabilité, même lorsqu'elle n'a pas été intentée avant sa mort.

Mais par quelle prescription cette action est-elle éteinte?

292. Nous avons dit plusieurs fois qu'en général l'obligation de celui qui est soumis à la responsabilité d'un fait auquel il n'a point concouru est une obligation accessoire : elle ne peut donc durer plus que l'obligation principale. Si donc le fait qui donne lieu à la responsabilité civile du dommage qu'il a causé est un crime, l'action se prescrira comme le crime lui-même, après dix années révolues, à compter du jour où le crime aura été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite.

Si, dans cet intervalle, il est fait des actes d'instruction ou de poursuite non suivis de jugement, l'action publique et l'action civile, et par conséquent l'action en responsabilité du dommage, ne se prescriront qu'après dix années révolues, à compter du dernier acte. (Art. 637 du Code d'instruction criminelle.)

Dans les deux cas exprimés en cet article, et suivant les distinctions d'époques qui y sont établies, la durée de la prescription est réduite à trois années révolues, s'il s'agit d'un délit de nature à être puni correctionnellement. (Art. 638 du même Code.)

Enfin, l'action publique et l'action civile, et par conséquent l'action en responsabilité, pour une contravention de police, sont prescrites après une année révolue, à compter du jour où elle aura été commise, même lorsqu'il y aura eu procès-verbal, saisie, instruction ou poursuite, si, dans cet intervalle, il n'est point intervenu de condamnation. S'il y a eu un jugement définitif de première instance, de nature à être attaqué par la voie de l'appel, l'action se prescrit après une année révolue, à compter de la notification de l'appel qui en aura été interjeté (5). (Art. 640 du même Code.)

293. La poursuite des délits ruraux, et par

(1) Liége, 20 fév. 1834, Brux., 19 nov. 1842 (*J. de Belg.*, 1842, p. 520).
(2) Ainsi jugé en matière de contravention à l'octroi. (Brux., 22 mai 1835.)
(3) Tit. 2, art. 29.
(4) Delvincourt, t. 3, p. 454, notes ; Rolland, n° 15.
(5) *Voy.* Rolland, n° 21; Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 447.

conséquent des actions en responsabilité auxquelles ils donnent lieu, doit être faite au plus tard dans le délai d'un mois, faute de quoi il n'y aura plus lieu à poursuite, dit l'article 8, sect. 7, tit. 1er, de la loi du 6 octobre 1791, *sur les biens et usages ruraux et sur la police rurale.*

Il en est de même des actions pour délit de chasse, qui sont prescrites par le laps d'un mois, à compter du jour où le délit a été commis (1). (Art. 12 de la loi du 30 avril 1790.)

294. Quant aux responsabilités auxquelles peuvent donner lieu des actes ou omissions d'autrui, qui ne sont point rangés au nombre des crimes, des délits ni des contraventions, elles durent autant que l'action principale, dont elles ne sont que les accessoires.

295. En voici un exemple, tiré de l'art. 2137 du Code civil, qui enjoint aux subrogés tuteurs, sous peine de responsabilité personnelle et de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions.

Si le tuteur vend son bien à un tiers, qui ignorait sa qualité de tuteur, qui n'a pu la connaître, faute au subrogé tuteur d'avoir fait inscrire l'hypothèque du mineur, et que cet acquéreur de bonne foi vienne, dans la suite, à être évincé par le mineur devenu majeur, lequel exerce son hypothèque légale sur les biens vendus par son tuteur devenu insolvable, il a, après discussion des biens de ce dernier, une action récursoire contre le subrogé tuteur (2), personnellement responsable à son égard du défaut d'inscription, et cette action récursoire dure autant que l'action du mineur contre son tuteur.

296. La défense de faire tort à autrui n'oblige pas seulement les hommes en société de ne nuire en rien à qui que ce soit, personnellement et par eux-mêmes, mais encore de tenir toutes les choses qu'ils possèdent en tel état que personne n'en reçoive aucun dommage. C'est sous la condition de remplir ce devoir que la loi protége nos propriétés.

On n'est donc pas seulement responsable du dommage causé par son propre fait, ou par celui des personnes dont on doit répondre, mais encore de celui causé par les choses que l'on a sous sa garde. (Art. 1384.)

De là il suit que « le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à » son usage, est responsable du dommage que » l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa » garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. » (Article 1385.)

297. Les animaux peuvent causer du dommage, en ne faisant que suivre la nature de leur instinct et de leurs habitudes, *secundum naturam,* comme les bestiaux qui vont paître sur les terres d'autrui, en brouter les récoltes et autres productions; ou en s'écartant de leur instinct et de leurs habitudes naturelles, *contra naturam,* comme un cheval qui mord ou qui rue, un bœuf, une vache, qui blessent avec leurs cornes; car ces vices ne sont pas naturels à ces sortes d'animaux.

Celui qui souffre du dommage causé par des animaux, de quelque manière que ce soit, si ce n'est par cas fortuit, ou s'il n'est pas lui-même en faute, a toujours une action contre le maître de l'animal qui lui a fait tort (3).

298. Mais le droit romain donnait, en beaucoup de cas, à ce dernier, la faculté d'abandonner l'animal pour le dommage, *noxæ dedere*, afin d'être dispensé d'en payer l'estimation, qui pouvait excéder la valeur de l'animal. En d'autres cas, cette faculté était refusée au maître de l'animal, obligé de payer alors absolument la valeur entière du dommage souffert par la partie lésée (4). C'était surtout lorsqu'il y avait quelque faute à lui reprocher.

Il serait inutile d'expliquer ici les cas où cette action avait lieu dans le droit romain; il nous suffit de dire que quelques-unes de nos coutumes en avaient adopté les dispositions sur ce point. Notre coutume de Bretagne, entre autres, portait, art. 640 : « Si les chevaux ou charrettes, ou autres choses, méfaisaient, réparation en serait faite sur la valeur; et au cas que ceux à qui sont les chevaux, charrettes ou autres choses, ne les voudraient laisser pour la réparation du méfait, ils seraient tenus de réparer à la discrétion du juge. »

Nous ne rechercherons point ici quelles étaient les coutumes qui avaient des dispositions du même genre; il suffit de dire que le droit commun de la France ne laissait point aux propriétaires des animaux la faculté de les abandonner pour la réparation du dommage qu'ils avaient causé...; et que cette faculté ne leur est point laissée par l'art. 1385, qui les rend expressément responsables *du dommage causé* par les animaux, parce qu'ils ont dû veiller sur eux ou les faire garder.

299. Les lois romaines ne permettaient pas au maître de saisir ou arrêter, de son autorité pri-

(1) *Voy.* aussi l'arrêt de la cour de cassation, du 1er octobre 1813.

(2) Cette action est fondée tant sur l'art. 2137 que sur les art. 1382 et 1383. *Voy.* le *Régime hypothécaire* de Persil, sur l'art. 2137; *Répertoire de jurisprudence* (édit. Tarlier), v° *Inscription hypothécaire*, § 3, n° 15.

(3) Delvincourt, t. 3, p. 453, 454; Rolland, v° *Dommage*, nos 51, 52; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 726. *Voy.* dans ce sens, Brux., 27 déc. 1838 (*J. de Belg.*, 1839, p. 125).

(4) « Si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni æstimationem subeat, aut quadrupede cedat : quod etiam lege Pesulania de cane cavetur. » (Pauli *sentent. recept.*, tit. 15, § 1.)

vée, les bestiaux d'autrui trouvés dans son champ, dans son bois ou sa vigne, et de les tenir en séquestre; elles ne lui donnaient qu'une action pour se pourvoir en justice et se plaindre du dommage.

Dans notre droit français, quoiqu'en général il ne soit pas permis de se faire justice à soi-même, plusieurs de nos coutumes, pour faciliter la réparation du dommage causé par les bestiaux, permettaient au propriétaire ou au fermier de l'héritage dans lequel il trouvait des bestiaux, de les arrêter par lui-même ou par ses gens, sans ministère ni formalité de justice, et de les tenir enfermés par forme de saisie : c'est ce qu'on appelait mettre les bestiaux *en fourrière* (1).

Il est inutile de rapporter les dispositions de ces coutumes, parce qu'aujourd'hui il faut suivre, en cette matière, la loi du 28 septembre — 6 octobre 1791, concernant la police rurale, tit. 2, art. 12, qui porte : « Les dégâts que les bestiaux (2) de toutes espèces, *laissés à l'abandon*, feront sur les propriétés d'autrui, soit dans l'enceinte des habitations, soit dans un enclos rural, soit dans les champs ouverts, seront payés par les personnes qui ont la jouissance des bestiaux ; si elles sont insolvables, ces dégâts seront payés par ceux qui en ont la propriété. Le propriétaire qui éprouvera les dommages aura le droit de saisir les bestiaux, sous l'obligation de les faire conduire, dans les vingt-quatre heures, au lieu du dépôt, qui sera désigné à cet effet par la municipalité.

» Il sera satisfait aux dégâts par la vente des bestiaux, s'ils ne sont pas réclamés, ou si le dommage n'a point été payé dans la huitaine du jour du délit. »

Remarquez que cet article ne parle que des bestiaux *laissés à l'abandon*. Il serait trop dangereux de permettre au propriétaire du champ de saisir et d'emmener, de son autorité privée, les bestiaux trouvés en dommage, en présence de leur maître ou de leur gardien. Cette voie de fait donnerait lieu à des rixes et à des violences que la loi a sagement prévenues, en n'autorisant la saisie d'autorité privée que dans le seul cas où les bestiaux sont laissés à l'abandon. Si leur maître ou leur gardien est présent, il faut recourir aux voies de droit.

300. L'article ajoute : « Si ce sont des volailles, *de quelque espèce que ce soit*, qui causent le dommage, le propriétaire, le détenteur ou le fermier qui l'éprouvera, pourra les tuer, mais seulement sur le lieu, au moment du dégât. »

On entend par *volailles* tous les oiseaux domestiques qu'on nourrit ordinairement dans une basse-cour, sur lesquels le propriétaire conserve ses droits, lors même qu'ils s'échappent et passent dans une autre habitation, tels que les poulets, les canards, les dindons, les oies, etc.

La difficulté de saisir et d'arrêter ces animaux sur le lieu où ils causent du dommage, celle de reconnaître positivement à qui ils appartiennent, peut-être aussi la difficulté d'évaluer le dommage souvent considérable, quelquefois presque nul ou inaperçu, tout cela a porté le législateur à permettre à la personne qui souffre le dommage de les tuer sur le lieu.

Remarquez encore que la disposition finale de l'art. 12, qui permet de tuer les volailles sur le lieu et au moment du dégât, est placée à la suite de la première, qui ne permet de saisir, d'autorité privée, que les bestiaux laissés à l'abandon, et qu'elle ne doit s'entendre, comme la précédente, que des volailles trouvées *à l'abandon* (3) : on n'est donc pas autorisé à les tuer en présence du propriétaire, dans la crainte des rixes et des violences que cette voie de fait pourrait occasionner.

301. Il ne faut pas aussi induire de cette permission de tuer les volailles, quand on n'en a point usé, que le propriétaire de celles qui sont trouvées sur le terrain d'autrui ne soit soumis à aucune peine ni à aucune action civile en dommages et intérêts. Il résulte, au contraire, de la combinaison des art. 3 et 12 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, que le dommage causé par les volailles est un délit rural punissable des peines de police. Il résulte également de l'article 1385 du code civil que ce dommage donne

---

(1) Terme qui vient des vieux mots *foarre, fouerre* ou *feure*, dérivés du mot latin *fodrum, foderum, fodrium*, en français *fourrage*.

Du mot *fouerre* on fit *fourrie*, pour étable, *stabulum*, parce qu'on y met du *fouerre* ou fourrage, pour la nourriture et pour la litière des bestiaux.

Et du mot *fourrie* on fit ensuite *fourrière*, pour désigner une saisie de bestiaux pris en délit, et mis, par forme de séquestre, en garde dans une écurie ou étable, où ils sont nourris aux dépens du maître auquel ils appartiennent, pour l'obliger à payer le dommage qu'ils ont causé.

(2) Les chevaux, mules, mulets, ânes, sont-ils compris ici sous le nom générique de *bestiaux?*

Par un arrêt du 17 juin 1806, rapporté dans le *Répertoire*, v° *Cheval*, n° 4, la cour de cassation a décidé que les chevaux, mules et mulets ne sont pas compris dans l'expression générique de bestiaux, dans l'art. 4 de la loi du 19 vendémiaire an VI, suivant lequel *les bestiaux* peuvent, lorsqu'ils ne font pas route vers la frontière, circuler sans passavant dans les deux lieues limitrophes de l'étranger. Mais cette décision n'avait pour objet que d'empêcher de frauder les lois sur les douanes.

Nous ne pensons donc pas qu'on puisse en argumenter, pour prétendre qu'on ne doit pas appliquer aux chevaux, mules, mulets et ânes, laissés à l'abandon dans un champ où ils causent du dommage, l'art. 12 précité, qui ne parle que *des bestiaux*, d'autant plus que cet article ajoute, *les bestiaux de toute espèce*, pour donner à l'acception de ce mot la plus grande étendue possible.

(3) C'est de cette manière que Merlin applique cette disposition, dans son *Répertoire* (édit. Tarlier).

lieu à une action civile en réparation, puisque les volailles sont incontestablement comprises sous le nom générique d'*animal*. Aussi la cour de cassation annula, le 11 août 1808, pour violation de l'art. 3 précité, et fausse application de l'art. 12, un jugement du tribunal de police de Jumeville, qui avait déchargé Vaquier des peines de police qu'il avait encourues, à raison du dommage causé par ses oies en la terre ensemencée du sieur Prudhon, sous le spécieux prétexte que celui-ci était autorisé à tuer les oies sur son héritage (1).

302. Ce qu'on vient de dire des volailles est-il applicable aux pigeons? Ces animaux, suivant l'art. 564 du Code, appartiennent au propriétaire du colombier où ils ont l'habitude de se retirer. L'art. 524 les déclare même immeubles par destination. Personne n'ignore d'ailleurs que les pigeons causent de grands dégâts sur les terres, surtout dans le temps des semailles et des moissons; et c'est par ce motif que les lois ordonnent de tenir les colombiers fermés dans le temps des semailles et des moissons.

On demande donc si le propriétaire d'un colombier peut être poursuivi par voie de police, comme coupable d'un délit rural, pour n'avoir pas tenu son colombier fermé aux époques déterminées par l'administration, c'est-à-dire pendant le temps des semailles et de la récolte, pour avoir, pendant ce temps, laissé ses pigeons vaguer librement dans les campagnes?

Et s'il peut du moins être poursuivi par voie civile pour réparation du dommage qu'ils ont causé?

Sur la première question, il est d'abord certain que les propriétaires de pigeons ne peuvent être poursuivis par voie de police, en vertu des art. 3 et 12 de la loi du 6 octobre 1791, qui rangent au nombre des délits ruraux les dommages causés par *les bestiaux laissés à l'abandon* et par *les volailles;* car il est évident que, sous la dénomination de bestiaux, on ne comprend que les quadrupèdes domestiques. Il serait absurde d'appliquer ces expressions: *bestiaux laissés à l'abandon*, à des oiseaux tels que les pigeons, qui, voués en quelque sorte par leur nature et par leur instinct à la divagation, ne sont pas susceptibles d'être gardés à vue, et ne peuvent conséquemment être considérés comme *laissés à l'abandon*.

D'un autre côté, il n'est pas permis de supposer les pigeons compris dans le même article, sous la dénomination générique de *volailles;* dénomination qui ne s'applique qu'aux oiseaux que l'on tient en état de domesticité, aux oiseaux de l'espèce de ceux qu'on élève et qu'on nourrit dans les basses-cours. C'est la définition qu'en donne le Dictionnaire de l'Académie: « VOLAILLE, nom collectif qui comprend les oiseaux qu'on nourrit ordinairement dans une basse-cour. »

Or, il est de principe que, dans l'application des lois, et surtout des lois pénales, on ne doit s'attacher qu'à la signification usuelle des mots.

Reste donc à voir si quelque autre loi a prononcé une peine contre ceux qui ont laissé sortir leurs pigeons en temps prohibés.

Le décret du 4 août 1789, art. 2, porte que « les pigeons seront enfermés aux époques » fixées par les communautés. »

Mais ce décret ne prononce aucune peine contre ceux qui ne les tiendront pas enfermés; il ajoute seulement que « *pendant ce temps*, ils seront regardés comme gibier, et chacun aura le droit de les tuer *sur son terrain* (2). » La peine ne tombe donc directement que sur les pigeons, non sur la personne du propriétaire, qui n'est puni qu'indirectement par la destruction permise de sa propriété. C'est à cette seule mesure répressive que ce décret est restreint. Il ne qualifie pas de délit ou de contravention le fait du propriétaire qui laisserait sortir et vaguer ses pigeons en temps prohibé. Or aucun fait ne peut être puni des peines qui n'étaient pas prononcées par *la loi* avant qu'il fût commis (art. 4 du Code pénal); et les tribunaux de police ne peuvent connaître que des faits auxquels la loi attribue le caractère de contravention, et dont elle soumet les auteurs à des peines.

Aucune autorité, aucun corps administratif ne peut suppléer au silence de la loi, en prononçant des peines qu'elle n'a point établies. Les tribunaux ne pourraient appliquer ces peines par leurs jugements, sans être soumis à la censure. La cour de cassation l'a décidé avec raison par une foule d'arrêts (3), rendus dans l'intérêt de la loi.

Le comité féodal de l'assemblée constituante l'a aussi décidé ainsi, relativement au fait de laisser sortir les pigeons en temps prohibé. Il fut consulté, le 23 juillet 1790, sur la question

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le *Bulletin criminel de la cour de cassation*, et dans le *Répertoire* (édit. Tarlier), v° *Volailles*, n° 1.

(2) De ces expressions limitatives il résulte : 1° que les pigeons ne peuvent être tués que dans les temps prohibés ; 2° qu'ils ne peuvent l'être que par celui sur le terrain duquel ils causent du dommage, ou par son ordre, et sur son terrain.

Celui qui les tuerait ailleurs que sur son terrain, ou hors des temps prohibés, serait donc répréhensible, et s'exposerait à être traduit en justice civile, pour être condamné à payer la valeur des pigeons tués et aux dépens, et lui être en outre fait défense de tomber en pareille faute; car enfin les pigeons sont une propriété reconnue par la loi, et qu'elle doit par conséquent protéger. *Voy.* le *Répertoire* (édit. Tarlier), v° *Gibier*.

(3) *Voy.* le *Repert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), v° *Tribunal de police*, sect. 1, § 2, n° 3, et les *Questions de droit*, v° *Préfet*, § 4.

de savoir « si les communautés d'habitants, ou les conseils généraux des communes, ou enfin les municipalités, peuvent défendre la sortie des pigeons, *à peine d'amende arbitraire.* »

Il répondit que « l'art. 2 du décret du 4 août 1789 ne prononçant, contre le défaut de clôture des colombiers, pendant les temps fixés par les communautés d'habitants, c'est-à-dire, par les conseils généraux des communes, d'autre peine que d'exposer les pigeons à être tués par les propriétaires sur leur terrain, il n'est permis ni aux municipalités, ni aux conseils généraux des communes, ni aux communautés d'habitants, *d'étendre cette peine ou d'en proposer une autre quelconque.* »

Il est donc constant que, faute d'une loi qui prononce une peine contre la sortie des pigeons en temps prohibé, le propriétaire ne peut être, pour ce fait, poursuivi par voie de police; et c'est ainsi que l'a décidé la cour de cassation, par plusieurs arrêts rendus dans l'intérêt de la loi, dans les cas mêmes où le maire aurait pris des arrêtés pour déterminer les époques de la clôture des colombiers (1).

303. Mais si, faute d'une loi pénale, les propriétaires des colombiers ne peuvent être poursuivis par voie de police pour ne les avoir pas tenus fermés aux époques déterminées, ils peuvent être poursuivis par voie civile (2), pour la réparation du dommage que leurs pigeons ont causé. On ne peut prétexter, en ce cas, le défaut de loi; car les pigeons sont, sans contredit, *des animaux* dont le maître du colombier est *propriétaire.* Il doit donc, aux termes de l'article 1385, réparer le dommage qu'ils ont causé, et qui peut souvent être très-considérable. Nous avons l'exemple d'une indemnité demandée pour dommage causé par des pigeons dans l'espèce d'un arrêt du 30 octobre 1813 (3). Les pigeons de Desguez étaient allés dévaster la terre de Piel, ensemencée en pois. Le maire de la commune cita Desguez devant le tribunal de police, où Piel intervint pour réclamer une indemnité, à raison du dommage causé à sa récolte par les pigeons de Desguez, qui, par jugement du 9 août 1813, fut condamné à livrer à Piel un hectolitre et demi de pois, pour lui tenir lieu d'indemnité, et en outre à un franc d'amende envers la commune.

La cour de cassation annula ce jugement, le 30 octobre 1813; mais ce ne fut que pour cause d'incompétence, parce que, faute d'une peine prononcée par la loi contre le fait dont il s'agissait, le tribunal de police n'en avait pu connaître : d'où résultait que Piel n'avait pas eu, dit la cour de cassation, de motifs légitimes pour traduire Desguez à la police, à raison du dommage qu'il avait pu éprouver par un fait auquel la loi n'attache pas le caractère de contravention. L'action de Piel n'aurait pu être portée devant le tribunal de police, qu'autant que le dégât prétendu fait par les pigeons de Desguez eût constitué un délit; et s'il n'y avait point eu de délit dans ce dégât, le tribunal de police devait annuler la citation, et renvoyer le sieur Piel à *se pourvoir par la voie civile,* etc.

304. Les lapins sont encore des animaux nuisibles qui, quoique d'une nature très-différente de celle des pigeons, ont néanmoins, dans leurs habitudes, des points d'analogie avec eux. Ils sont, comme les pigeons, de la classe des animaux sauvages (4), mais comme eux aussi, ils ont une demeure fixe, où ils se retirent et vivent en société dans leurs garennes, comme les pigeons dans leur colombier. Ceux-ci sortent le jour pour se répandre sur les terres voisines et même éloignées, au grand dommage des propriétaires, pour y chercher leur nourriture.

Ceux-là vont aussi chercher leur nourriture sur les terres voisines, mais ce n'est que pendant la nuit; ce qui les rend, par cela même, plus dangereux, parce qu'il est plus difficile de s'en défendre.

Plus dévastateurs encore que les pigeons, ils gâtent les blés et les autres grains dont les terres sont ensemencées, mangent les herbages et les fruits, gâtent les vignes, et rongent jusqu'à l'écorce des jeunes arbres fruitiers et autres, souvent au point de les faire périr; et se multipliant à l'excès, ils désolent les campagnes qui se trouvent autour de leurs demeures.

Sous l'ancienne jurisprudence, les seigneurs de fiefs, propriétaires de garennes et de bois où existaient des terriers de lapins et même des bêtes fauves, étaient responsables des dégâts qu'ils faisaient sur les terres voisines; il n'y avait de difficulté que sur la manière de constater le dommage (5). Nos rois mêmes ordonnaient la destruction des lapins dans leurs bois, et faisaient estimer le dommage qu'ils avaient causé aux voisins.

Rien de plus juste alors que cette obligation imposée aux seigneurs de fief, de réparer les dégâts causés par le gibier qui peuplait leurs bois et leurs forêts. Ce n'est pas que notre ancienne jurisprudence regardât le seigneur de fief comme propriétaire du gibier qui se trouvait dans sa seigneurie; elle laissait le gibier dans la classe des animaux sauvages, et, comme les lois romaines, elle le réputait n'appartenir à personne. Mais précisément par la raison qu'il

(1) Ils sont rapportés dans le *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), vº *Colombier.*

(2) Voy. *Répert.* (édit. Tarlier), vº *Gibier.*

(3) Rapporté dans les additions au *Répert., ubi supra.*

(4) *Quorum fera natura est*, dit la loi 5, § 5, ff. *de acquir. rer. dom.*, 41, 1.

(5) *Voy.* le *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), vis *Gibier*, nº 7, et *Lapins.*

n'appartenait à personne, elle réservait au seigneur le droit exclusif de le tuer ; et de là dérivait pour lui l'obligation de garantir les propriétaires voisins des dégâts que le gibier pouvait causer à leurs récoltes : car ne pouvant pas les défendre eux-mêmes contre le gibier qu'il ne leur était pas permis de tuer, il fallait bien que le seigneur fût chargé de les défendre pour eux. Privés du droit si naturel de détruire les animaux sauvages qui dévastaient leurs propriétés, il fallait bien qu'ils eussent un recours contre celui qui exerçait le droit à leur exclusion.

Il est si vrai que la réserve du droit exclusif de la chasse au profit du seigneur était le seul fondement de l'action qu'avaient contre lui les propriétaires, à raison des dégâts commis dans leurs récoltes par le gibier, que cette action n'avait lieu que pour les dégâts commis dans l'enclave de sa seigneurie ou de son fief. Vainement aurait-on tenté de le rendre responsable des dommages que le gibier de sa terre aurait causés dans des champs ou des vignes placés hors de cette enclave, quelque rapprochée d'ailleurs qu'en fût sa terre; il aurait répondu : Le gibier qui vit dans ma terre n'est pas ma propriété ; je n'ai que le droit de le chasser et de le tuer, soit dans ma terre elle-même, soit dans les terres qui relèvent de mon fief; une fois qu'il en est sorti, il ne m'est plus permis de le détruire (1).

C'est sur ce principe que Merlin, avec sa solidité ordinaire, fonde la jurisprudence ancienne, qui obligeait les seigneurs de réparer les dommages causés par le gibier de leurs bois et de leurs garennes aux récoltes de leurs vassaux.

305. Mais les décrets des 4 et 11 août 1789, en abolissant le droit exclusif de chasse que l'ancienne jurisprudence réservait aux seigneurs, en rendant le droit de chasse commun à tous les propriétaires, ont anéanti ce principe de responsabilité; et dès lors l'action qui en dérivait, l'action qui, sans ce principe, n'aurait pu avoir lieu, même sous l'ancienne jurisprudence, ne peut plus subsister aujourd'hui, suivant la règle de droit fondée sur la raison : *Cum principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur locum habent.* (L. 14, § 1, ff. *de reg. jur.*)

306. Nos législateurs ont donc adopté et consacré un autre principe de responsabilité, à l'égard du dommage causé par les animaux, le principe de la propriété, établi par le droit romain, mais seulement sous l'alternative laissée au propriétaire d'abandonner l'animal pour le dommage, ou d'en payer la juste estimation (2) ; alternative que le Code n'a point laissée au propriétaire de l'animal. L'art. 1385 porte :

« Le propriétaire d'un animal, ou celui qui » s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est » responsable du dommage que l'animal a causé, » soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il » fût égaré ou échappé. »

En limitant la disposition au propriétaire de l'animal, le Code fait entendre assez clairement qu'elle ne doit pas être appliquée à celui dans l'héritage duquel se trouvent des animaux dont il n'est pas propriétaire, et qui ne sont point en son pouvoir. Ce qui est conforme à la raison; car on ne peut m'imputer un fait qu'il n'a pas été en mon pouvoir d'empêcher.

Ainsi des loups, des renards, réfugiés dans ma forêt, en sont sortis pour dévorer des moutons, des volailles, des cerfs, des sangliers, pour ruiner les moissons voisines : je n'en serai pas plus responsable que des dégâts causés par les corbeaux, les moineaux, etc., excessivement multipliés dans mon domaine. Mes voisins ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes, et non à moi; ils pouvaient détruire ces animaux au moment où ils se sont répandus sur leurs propriétés.

307. Mais en sera-t-il de même du dommage causé par des lapins qui ont leurs terriers dans mon bois? La difficulté vient des dispositions des art. 524 et 564 du Code, qui déclarent qu'ils appartiennent au propriétaire de la garenne où ils se retirent.

La question s'est présentée deux fois à la cour de cassation. D'abord, en 1807, dans l'affaire de Nicolas Palin, qui avait, en 1806, fait citer devant le juge de paix du canton de Nevillé, Bourée, propriétaire d'un bois adjacent à ses terres, pour se voir condamner à lui payer le montant, à dire d'experts, du dommage causé à ses grains par les lapins de ce bois.

Bourée répondit que le droit exclusif de la chasse et des garennes ouvertes étant aboli, et chacun ayant droit de détruire sur son propre terrain toute espèce de gibier, Palin ne pouvait avoir aucune action contre lui, et devait être déclaré non recevable.

Par jugement du 5 février 1806, le juge de paix décida que Bourée était responsable, et ordonna une visite d'experts pour vérifier le dommage. Le même jour il rendit, contre le même Bourée, en faveur de différents particuliers, quatre autres jugements semblables, qui furent confirmés sous l'appel, le 6 mars suivant, par le tribunal de Beauvais.

Bourée se pourvut en cassation; et Merlin, qui porta la parole, traita la question, suivant son ordinaire, avec beaucoup d'érudition, et une grande force de raisonnement. Il fonda son opinion sur ce que, quoique le lapin soit un animal très-sauvage, « il ne laisse pas d'être

(1) C'est ce qu'enseigne aussi Henrion de Pansey, dans le *Répertoire* (édit. Tarlier), vº *Garenne*.

(2) L. 1, § 12, ff. *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 9, 1.

considéré comme appartenant *au propriétaire du fonds où il a établi son terrier* (1). » Et après avoir cité les auteurs, les ordonnances et les lois d'où résulte que les lapins appartiennent au propriétaire de la garenne, il en tira la conséquence qu'il est responsable du dommage qu'ils causent aux terres voisines, et conclut au rejet du pourvoi, qui néanmoins fut admis le 11 mai 1807.

Mais Bourée transigea avec ses adversaires, et l'affaire n'eut pas de suite.

308. La question se présenta de nouveau à la cour de cassation, dans l'affaire de la dame de Massy, qui avait, en 1808, fait citer la dame de Montmorency, propriétaire de la forêt de Fretteval, devant le juge de paix de Moric, pour se voir condamner à lui payer une somme de 200 francs montant du dommage qu'elle prétendait causé sur ses terres par les lapins de cette forêt.

La cause portée devant le tribunal de Vendôme, sur l'appel d'un jugement interlocutoire du juge de paix, le tribunal admit la dame de Massy à *faire preuve* qu'il existe, dans la forêt de Fretteval, une telle quantité de lapins, qu'il en résulte des dévastations pour les terres limitrophes qui sont ensemencées (2), et que ce sont les lapins qui ont causé le dommage dont elle demande la réparation.

Et après une *enquête* et un rapport d'experts, jugement définitif du 5 novembre de la même année, qui condamne la dame de Montmorency à 95 francs de dommages-intérêts envers la dame de Massy.

La dame de Montmorency se pourvut en cassation contre ce jugement; mais son pourvoi fut rejeté par arrêt du 3 janvier 1810, « attendu qu'il a été jugé, en fait, qu'il existe, dans la forêt de Fretteval, au canton de Richerai, une telle quantité de lapins, que les récoltes ensemencées étaient dévastées, et que la recolte de la pièce de terre appartenant à la dame de Massy avait été considérablement endommagée par lesdits lapins; attendu que la demanderesse, propriétaire de ladite forêt, a pu être jugée responsable du dommage, suivant l'art. 1385 du Code, pour avoir négligé de les y faire détruire, *ou d'avoir permis* aux détenteurs voisins de la forêt de les y faire *détruire.* »

Cet arrêt est parfaitement bien rendu dans les *circonstances* de l'affaire. Il n'est point motivé, comme l'observe Merlin, *ubi supra,* sur l'art. 1385, qui rend le *propriétaire d'un animal responsable du dommage que cet animal a causé, soit qu'il fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.* Il est motivé sur l'art. 1383. Cet arrêt juge donc uniquement que toutes les fois que le propriétaire d'un bois y laisse multiplier excessivement les lapins et *en empêche la destruction*, en ne permettant pas aux voisins qui s'en plaignent de les détruire, on doit lui appliquer la disposition de l'art. 1383, qui rend chacun *responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.*

Mais remarquons qu'il ne suffit pas que les lapins soient multipliés dans un bois, au point de dévaster les terres voisines, pour rendre le propriétaire responsable du dommage qu'ils ont causé. Lorsque ce n'est point par son fait qu'ils s'y sont fixés et multipliés, on ne peut alors lui appliquer l'art. 1383, par cela seul qu'il a négligé de les détruire : car aucune loi, aucun règlement ne l'y obligeait. Il n'y a donc point en ce cas de négligence proprement dite de sa part, dans le sens de cet article, de négligence qui rende responsable celui qui l'a commise. Autrement, il faudrait dire aussi qu'il répond du dommage causé par les loups, les renards, les sangliers qui se retirent dans ses bois : et où s'arrêterait la responsabilité?

Il faut donc que le propriétaire, non-seulement n'ait pas eu le soin de détruire les animaux nuisibles qui se retirent dans ses bois, mais encore qu'il ait empêché de les détruire, en ne permettant pas aux voisins, qui s'en plaignaient, de le faire eux-mêmes, comme dans l'espèce de l'arrêt cité, où la dame de Massy demandait à prouver et avait prouvé, à ce qu'il paraît, que la dame de Montmorency avait contribué à l'excessive multiplication des lapins, tant en s'abstenant de les détruire, qu'en *refusant aux propriétaires* riverains la permission de les détruire eux-mêmes. Nul doute alors sur sa responsabilité; car son refus ayant occasionné le dommage, elle en devait incontestablement répondre, suivant la règle de droit dictée par la raison : *Qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur.* (L. 30, § 3, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.)

Le sage principe de décision, sur lequel est fondé l'arrêt précité, doit donc s'appliquer non-seulement au dommage causé par les lapins, mais encore aux dommages causés par les autres animaux nuisibles qu'on a refusé de laisser détruire; par exemple, les sangliers qu'on a vus souvent multipliés dans une forêt, au point de dévaster totalement toutes les récoltes voisines. La simple omission ou négligence de les détruire ne rend pas le propriétaire responsable de ces dégâts (3); mais il en répondrait sans contredit s'il avait refusé aux voisins, qui s'en

(1) *Voy.* le *Répertoire* (édit. Tarlier), v° *Gibier.*

(2) Remarquez bien que Merlin, dans le *Répertoire* (édit. Tarlier), v° *Gibier*, nous avertit qu'il faut ajouter ici « que la dame de Montmorency a contribué elle-» même à leur multiplication, tant en s'abstenant de » les faire détruire, *qu'en refusant aux propriétai-» res riverains* la permission de les détruire eux-» mêmes, etc. »

(3) *Sic* Paris, rejet, 13 janv. 1829.

plaignaient, la permission de les chasser et de les détruire. C'est ce qui avait lieu même avant les lois qui ont aboli la féodalité et le droit exclusif de la chasse (1).

309. On voit, par ce que nous avons dit, que l'arrêt qui déclara la dame de Montmorency responsable du dommage causé par les lapins de la forêt de Fretteval, n'a point décidé que le propriétaire d'un bois dans lequel il existe des lapins, est à ce seul titre, et en qualité de propriétaire, responsable du dommage qu'ils ont causé, et qu'on ne peut, en conséquence, lui appliquer la disposition de l'art. 1385, qui rend le propriétaire d'un animal responsable du dommage qu'il a causé. Au contraire, l'arrêt rendu le 11 mai 1807, dans l'affaire de Bourée, a préjugé la négative, et avec raison, en admettant le pourvoi contre les jugements qui le rendaient responsable du dommage causé par les lapins de son bois. S'il ne les avait pas détruits, il n'avait pas, comme la dame de Montmorency, refusé aux voisins la permission de les détruire. La section des requêtes pensa donc qu'il n'était pas responsable, puisqu'elle admit le pourvoi contre les conclusions de Merlin, à qui son profond savoir avait donné une si grande influence sur les arrêts de cette cour.

310. Mais ce grand jurisconsulte avait fondé ses conclusions sur un principe faux, que, par amour pour la vérité, il a donné l'honorable exemple de rétracter, dans son *Répertoire de jurisprudence :* « Je dois reconnaître, dit-il, que je m'étais trompé dans mes conclusions du 11 mai 1807, en regardant comme appartenant au propriétaire d'un bois les lapins qui n'existent dans ce bois que par l'effet de l'instinct qui les y a rassemblés, et sans que le propriétaire ait rien fait pour les y attirer. »

Les art. 524 et 564 décident bien que les lapins d'une garenne appartiennent au propriétaire de la garenne. Mais qu'est-ce qu'une *garenne?*

On n'a jamais entendu par ce mot toute espèce de bois dans lequel les lapins établissent des terriers, sans que le propriétaire ait rien fait pour les favoriser.

311. On entend, par le mot *garenne,* un lieu destiné à élever et nourrir des lapins. On en connaît de deux sortes : les garennes forcées et les garennes ouvertes (2). Les garennes forcées sont celles qui sont tellement fermées de murs, que les lapins ne peuvent sortir pour se répandre sur les héritages voisins.

Les garennes ouvertes sont ainsi appelées parce qu'elles ne sont pas fermées, ou que, si elles le sont, elles n'empêchent pas que les lapins n'en puissent sortir et y rentrer librement. Tout le monde pouvait avoir des garennes fermées, parce qu'elles ne nuisent à personne.

Mais on ne pouvait avoir de garennes ouvertes, que par concession : « Nul ne pourra, dit » l'art. 19, titre 30 de l'ordonnance de 1669, » établir garenne à l'avenir, s'il n'en a le droit » par ses aveux et dénombrements, possessions » ou autres titres suffisants, à peine de 500 fr. » d'amende, et en outre d'être la garenne détruite » et ruinée à ses dépens. »

Ceci prouve bien clairement qu'on n'entendait pas alors par *garenne* un bois dans lequel des lapins s'étaient établis, sans le fait du propriétaire, mais un terrain dans lequel il avait fait des dispositions pour les y entretenir. Ces mots *établir garenne, garenne détruite et ruinée,* annoncent assez que l'idée d'une garenne emporte celle de travaux faits à dessein de fixer les lapins dans un lieu. Il eût été d'une absurde injustice de punir d'une amende de 500 fr., et de la destruction de sa propriété, celui qui aurait eu dans son bois des lapins qu'il n'y eût ni mis ni attirés, et qui s'y seraient établis d'eux-mêmes.

312. C'est donc la destination d'un terrain, pour y entretenir et multiplier des lapins, et les travaux qui annoncent cette destination, qui constituent la garenne.

C'est ce qu'annonce l'art. 524 du Code civil, en rangeant les *lapins de garenne* dans la classe des *immeubles par destination.* De là, il suit qu'un terrain ne prend la nature de garenne que par la destination qu'en fait le propriétaire pour y nourrir des lapins, et qu'il ne suffit pas que des lapins existent par hasard dans un terrain, pour que ce terrain soit considéré comme une garenne, et pour que les lapins qui y existent soient réputés appartenir au propriétaire.

313. Ce qui est à remarquer ; car le propriétaire d'une garenne aurait sans contredit une action pour réclamer en justice les lapins pris ou tués dans sa garenne, et pour se les faire rendre, ou au moins leur valeur.

Et il n'aurait pas plus le droit de réclamer les lapins tués ou pris ailleurs qu'en sa garenne, que les lièvres et les perdrix tués sur ses domaines par un chasseur. Il n'aurait d'action contre celui-ci que pour la contravention aux lois sur la chasse, et non pour en revendiquer le produit.

Il est donc bien démontré qu'il y a une très-grande différence entre les lapins existant dans une garenne établie par le fait du propriétaire, et les lapins établis dans un bois ou ailleurs

(1) *Voy.* l'art. 30 de l'ordonnance des bois et forêts, de 1669; l'arrêt du conseil, du 11 janvier 1776, rapporté dans le *Répert. de jurisprudence,* vº *Lapins,* et l'arrêt de règlement du parlement de Paris, du 21 juillet 1778, rapporté aussi dans le *Répertoire,* vº *Gibier,* nº 7.

(2) *Voy.* Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne,* chap. 63, nº 89.

sans son fait, et souvent malgré lui; que les premiers seuls appartiennent au propriétaire du fonds, et que les autres ne lui appartiennent pas.

314. Dès lors, on ne peut appliquer au dommage que ceux-ci ont causé l'art. 1385 du Code, sans violer les art. 524 et 564 du même Code, qui signalent les lapins de garenne comme seuls susceptibles d'une propriété privée. Disons donc que le propriétaire d'un bois ou autre terrain non constitué en garenne ne répond point du dommage causé par les lapins qui s'y trouvent, quelque multipliés qu'ils y soient, à moins qu'il n'ait refusé aux voisins, qui la demandaient, la permission de les détruire.

315. Mais que le propriétaire d'une garenne réponde du dommage causé par ses lapins, comme du dommage causé par les volailles de sa basse-cour, et par les pigeons de son colombier, tels sont les vrais principes de la matière.

316. Nous avons dit, n° 297, que les animaux peuvent causer du dommage, en ne faisant que suivre leur instinct et leurs habitudes acquises ou naturelles, *secundum naturam*, et qu'ils peuvent aussi en causer en s'en écartant, *contra naturam*. Ainsi, par exemple, les bestiaux, les bœufs, les chevaux, causent du dommage en suivant leur instinct et leurs habitudes, lorsqu'ils s'échappent pour aller paître les herbages ou les récoltes d'autrui; ils en causent, en s'écartant de leurs mœurs naturelles, *contra naturam,* lorsqu'ils mordent, frappent ou blessent sans motifs les passants ou ceux qui les approchent; parce que ces animaux, apprivoisés au point d'être réduits en état de domesticité, n'ont pas coutume d'être méchants, et que leur instinct naturel ne les porte point à nuire à l'homme.

Il y a des motifs assez raisonnables pour rendre le maître d'un animal responsable des dommages de la première espèce; car enfin, il en profite, en ce que ses bestiaux ont pris, aux dépens d'autrui, une nourriture que lui seul devait leur fournir. D'ailleurs, il pouvait prévoir et prévenir ces sortes de dommages. Il devait savoir qu'en laissant ses bestiaux à l'abandon, ils ne manqueraient pas, suivant leur naturel, d'aller paître dans les endroits dont les herbages ou les récoltes leur présenteraient plus d'attrait, et si c'est par la négligence des domestiques ou gardiens qu'ils y sont allés, le maître en répond, parce que c'est une faute commise dans l'exercice de leurs fonctions.

Mais le dommage qu'on n'a pu prévoir, et que causent les animaux, contre le naturel de leur espèce, par exemple, les chevaux, les bœufs qui mordent, frappent ou blessent, ne devrait-il pas être considéré comme un accident fortuit dont personne ne répond, quand il est arrivé par sa faute? C'est sans doute par ces motifs que les Romains permettaient au maître d'abandonner l'animal pour le dommage, lorsque d'ailleurs on n'avait aucune faute personnelle à lui reprocher.

Nous avons déjà dit que notre art. 1385, plus sévère en cela que le droit romain, n'accorde point cette faculté au maître, qu'il rend, sans distinction, responsable du dommage causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé : bien entendu s'il n'a pas d'excuses légitimes; car l'article ne les lui interdit pas, et ne pouvait les lui interdire sans injustice; mais il se borne à énoncer le principe, et en laisse le développement et l'application aux jurisconsultes et aux magistrats.

Le principe reçoit application, soit que le dommage ait été causé par la pétulance, la frayeur ou la férocité de l'animal : *Si qua lascivia aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint* (1).

Voici un exemple effrayant des malheurs que peut causer la férocité d'un animal. Le 1er août 1809, un taureau, appartenant à Geoffroi, attaqua la femme Huard, et la frappa avec tant de violence, qu'elle expira presque sur-le-champ, ainsi que l'enfant qu'elle portait dans son sein.

Un jugement du tribunal civil de Châlons, confirmé par arrêt de la cour d'appel de Paris, le 24 mai 1810, condamna Geoffroi en 2,000 fr. de dommages et intérêts envers le mari Huard, sans fortune et chargé de plusieurs enfants. Cet arrêt est une application juste et littérale des art. 1384 et 1385. Il est d'autant plus juste, qu'il était prouvé, dans l'espèce jugée, que le taureau avait déjà, sans provocation, attaqué et blessé deux autres personnes, et que néanmoins Geoffroi avait continué de le lâcher et de le faire conduire à la pâture avec le troupeau commun.

Mais supposons que le maître du taureau l'eût mené paître avec son troupeau, dans un champ bien clos et fermé d'une barrière : il n'y a nulle faute à lui reprocher. Un de ces chasseurs que rien n'arrête franchit les clôtures; il est attaqué et blessé par le taureau; pourra-t-il demander au propriétaire la réparation du dommage? Nous ne le pensons pas. Il n'avait pas le droit d'entrer dans le champ, et le maître avait le droit d'y tenir son taureau. Le chasseur était donc seul en faute; sans cette faute, il n'aurait pas été blessé : c'est donc le cas d'appliquer la règle : *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (2). (L. 203, ff. *de reg. jur.*) Il ne peut s'en prendre qu'à lui-même.

(1) Pr. Inst. « Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur » 4, 9.

(2) *Voy.* une application de cette règle dans la loi 52, § 1, ff. *ad leg. Aquil.*, 9, 2.

Mais allons plus loin. Le chasseur attaqué se défend et tue le taureau ; le propriétaire aura-t-il une action pour en demander le prix? Nous pensons que l'action est fondée. Vainement alléguera-t-il, pour s'excuser, la défense de soi-même; c'est par une suite de sa faute s'il s'est trouvé dans la nécessité de tuer le taureau pour se défendre : or on doit répondre de la suite des fautes que l'on a commises.

C'est pourquoi si vous vous êtes attiré par votre faute, en l'excitant, en l'irritant, en le provoquant, de quelque manière que ce soit, le mal que vous a fait un animal, vous ne pourrez, avec succès, en demander la réparation au propriétaire : *Ei qui irritatu suo feram bestiam, aut quamcumque aliam quadrupedem in se proritaverit, eaque damnum dederit, neque in ejus dominum, neque in custodem actio datur* (1).

Mais il faut que le fait ait le caractère d'une provocation. Par exemple, frapper un cheval, c'est le provoquer, et celui qui est blessé par un cheval qu'il a frappé n'a aucune action contre le propriétaire; mais il en serait autrement, s'il n'avait fait que le caresser, le toucher, le palper, et que le cheval l'eût mordu ou frappé du pied : *At si cum equum permulcisset quis, vel palpatus est, et calce eum percusserit, erit actioni locus* (2). (L. 1, § 7, ff. *si quadrupes,* 9, 1.)

On ne regarde point comme une provocation suffisante pour excuser le dommage le fait d'un cheval qui en flaire un autre. Par exemple, un voyageur conduit à l'écurie d'une auberge son cheval, qui flaire une mule qu'il y trouve. Elle rue et rompt la cuisse du voyageur. La loi dernière, ff. *ibid.,* décide qu'il a une action contre le propriétaire de la mule.

Si l'animal qui a causé le dommage a été provoqué, excité, ou effarouché par un tiers, c'est ce dernier qui doit en répondre, et non le propriétaire de l'animal (3).

Il en est de même si, par le dol d'un tiers, je me suis approché d'un animal méchant qui m'a blessé. (L. 36, ff. *de dolo,* 4, 3.)

Il existe d'autres cas où l'action en réparation du dommage causé par un animal doit être dirigée non contre le propriétaire, mais contre un tiers, parce que lui seul se trouve en faute. On en trouve un exemple dans un cas qu'il est bon de remarquer, parce qu'il peut se renouveler souvent; c'est celui où le cheval d'un voyageur ou autre a été placé dans l'écurie d'une auberge, à côté d'un autre cheval qui n'en étant point séparé par des barres, comme la prudence l'exige, casse d'un coup de pied la cuisse de son voisin. Un arrêt du parlement de Grenoble, rendu dans des circonstances très-favorables à l'hôtelier, le jugea néanmoins responsable du dommage.

Voici l'espèce :

Depuis plusieurs années, Dolle et Favier avaient confié leur cheval au nommé Brun, qui logeait dans son écurie des chevaux et des mulets à tant par jour, soit pour les habitants, soit pour les étrangers. Dans la nuit du 6 au 7 mai 1776, ce cheval, placé au râtelier où étaient attachés d'autres chevaux, eut la cuisse gauche cassée par un coup de pied que lui donna le cheval voisin. Dolle et Favier se pourvurent contre Brun, et obtinrent une sentence qui le condamna à payer 200 fr. pour la valeur du cheval.

Brun soutint, sous l'appel, qu'il n'avait commis aucune faute; qu'il n'était pas d'usage à Grenoble de mettre des barres entre les chevaux, et il le prouvait par un certificat de tous les hôteliers. Il ajoutait que, depuis plusieurs années, Dolle et Favier mettaient leur cheval chez lui sans exiger la précaution des barres; qu'ils l'avaient souvent placé eux-mêmes auprès des autres chevaux, sans exiger la précaution ; que la loi dernière, ff. *ad. leg. Aquil.,* 9, 2, décide que le commodataire d'un cheval n'est pas responsable du coup de pied que le cheval a reçu d'un autre cheval trouvé en route, quoiqu'il soit tenu *de levissima culpa.*

Dolle et Favier argumentèrent des lois du Digeste et du Code, au titre *nautæ, caupones, stabularii,* qui n'exceptent de la responsabilité des hôteliers que le cas fortuit qu'ils ne pouvaient ni prévoir ni prévenir; que Brun avait pu empêcher l'accident qui était arrivé par des précautions très-simples, qu'un père de famille prudent se fait un devoir de prendre; que s'il avait omis de placer des barres entre les chevaux, c'était pour en mettre plus dans son écurie, et gagner davantage. Par arrêt de la grand'-chambre, du 3 décembre 1776, la sentence qui

(1) Pauli, *Sentent. recept.,* lib. 1, tit. 15, nº 3.

(2) Cependant Domat, liv. 2, tit. 8, sect. 2, nº 7, observe, sur cette loi, « qu'il faut prendre garde de ne pas » imputer facilement au maître d'un cheval ou d'une » autre bête les accidents que peut attirer l'imprudence » de ceux à qui ils arrivent. Ainsi, par exemple, une » personne qui ignore qu'un cheval rue, s'en approche » trop près sans nécessité, et lui met la main sur la » croupe, se tenant à portée d'une ruade. C'est une im- » prudence, car on doit se défier. Cette imprudence » peut attirer un coup de pied d'un cheval dans des » circonstances où rien ne pourrait être imputé au » maître du cheval. »

En effet si, dans l'absence du maître, un étranger va, sans le connaître, palper le cheval, et en reçoit un coup de pied, qu'imputer au maître, qui aurait pu avertir l'imprudent, s'il avait été présent, ou contenir son cheval? Il n'est pas besoin qu'un cheval soit vicieux pour ruer de la sorte : « Cui male si palpere recalcitrat. » Tout dépend donc des circonstances; et c'est pour cela que l'art. 1385 s'est borné à l'énonciation du principe dont l'application est abandonnée à la sagacité des juges.

(3) L. 11, § 5, ff. *ad leg. Aquil.,* 9, 2; l. 1, § 6, ff. *si quadr.,* 9, 1.

condamnait Brun à 200 fr. de dommages et intérêts fut confirmée avec amende et dépens (1). Cette décision nous paraît une juste application des principes de la matière.

Si un autre animal a effarouché celui qui a causé le dommage, c'est contre le propriétaire du premier que doit être dirigée l'action en réparation (2).

Si deux béliers ou deux taureaux appartenant à deux maîtres différents viennent à s'entrechoquer, et que l'un tue l'autre, c'est le maître de l'agresseur qui doit payer le dommage, suivant la loi 1, § 11, *si quadrupes,* 9, 1. C'est appliquer aux brutes ce qu'on décide à l'égard des hommes.

Si l'on ignore quel a été l'agresseur, la perte de l'animal mort est considérée comme un cas fortuit supportable par le propriétaire.

Les principes que nous avons développés d'après la jurisprudence et les lois romaines serviront de guides dans la décision des cas dont nous n'avons pas parlé, et qui peuvent se présenter, sur la réparation des dommages causés par les autres animaux.

Il existe dans chacune de nos anciennes provinces beaucoup de règlements particuliers pour prévenir les dommages que peuvent causer les animaux, et pour rendre les propriétaires plus soigneux. L'art. 484 du Code pénal en ordonne l'observation *dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code.* Ceux qui ne les observent pas sont toujours en faute. Il serait très-difficile d'en faire une énumération complète; ce serait, d'ailleurs, un travail assez inutile; car, comme ils n'ont force de loi que dans l'étendue du territoire pour lequel ils ont été faits, presque tous les praticiens de l'endroit les connaissent.

Il existe un grand nombre de ces règlements en Bretagne, pour enjoindre de faire attacher les chiens, les mâtins surtout, dont la force rend la férocité plus dangereuse, et pour ordonner aux agents de police et valets de ville de tuer et de faire tuer ceux qu'on laisse vaguer.

Mais nous devons ici signaler un abus qui n'est né que depuis la révolution; c'est l'affreux usage de faire jeter dans les rues des boulettes empoisonnées, pour servir d'appât aux chiens, et les faire périr presque sur la place par le poison; usage dangereux, puisqu'on a vu de ces boulettes dans la main des enfants en bas âge, qui ont coutume de tout porter à leur bouche; usage essentiellement immoral, d'une immoralité profonde, en ce qu'il habitue le peuple à se familiariser avec l'idée du poison, pour laquelle on ne saurait lui inspirer assez d'horreur (3).

317. L'art. 1384 dit qu'on répond du dommage causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde. Cette disposition s'applique même aux choses inanimées. L'art. 1386 nous en donne un exemple. Il porte que : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du » dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est » arrivée par une suite du défaut d'entretien, » ou par le vice de sa construction (4). »

Il est facile de voir que cette disposition est un développement et une conséquence du grand principe établi dans les art. 1382 et 1383 qui rendent chacun responsable du dommage causé non-seulement par sa faute, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Or, quand un édifice vient à tomber par défaut d'entretien, ou par vétusté, il y a faute de la part du propriétaire, qui devait l'entretenir dans un état où il ne pût nuire au voisin, ou bien le faire démolir. Il y a même faute grave, s'il connaissait le danger; et s'il ne le connaissait pas, il y a négligence plus ou moins inexcusable. S'il était absent, il devait se faire rendre compte de l'état de son édifice.

On pourrait dire qu'il est excusable, si la ruine vient d'un vice de construction, ou de celui du sol, ces vices n'étant pas d'ordinaire apparents; mais l'art. 1792 rend les architectes et entrepreneurs responsables de ces vices pendant dix années.

Or, si l'édifice tombe avant ce temps, le propriétaire a son recours contre eux; et il est bien rare qu'après un temps aussi long ces sortes de vices causent la ruine d'un édifice assez subitement pour qu'on n'ait pas le temps de s'apercevoir du danger par des signes extérieurs et apparents.

Pour prévenir toutes difficultés, la prudence exige que le voisin, qui doit apercevoir le danger dont il est menacé, avertisse le propriétaire de réparer son édifice, afin qu'il fasse cesser les craintes que son état inspire. Il pourrait même recourir à la police, qui sommerait le propriétaire de réparer ou démolir l'édifice menaçant ruine; et faute d'obéir à la sommation, le propriétaire serait condamné à l'amende, conformément à l'art. 471, n° 5, du Code pénal.

Faute d'une sommation de la part du voisin

---

(1) Cet arrêt est rapporté dans le *Répertoire*, v° *Dommage*.

(2) « Si alia quadrupes aliam concitavit ut damnum daret, ejus quæ concitavit nomine agendum erit. » (L. 1, § 8, ff. *si quadr.*, 9, 1.)

(3) *Voy.* Merlin, *Répertoire*, v° *Dommage;* Dalloz, v° *Responsabilité*, n° 609; Rolland, n°s 64 à 74, 75 et 76.

(4) On trouve sur cela, dans le Digeste, un titre entier, *de damno infecto*, 39, 2; mais la plupart des dispositions de ce titre étant contraires à nos usages, Domat en a extrait celles qui sont fondées sur l'équité naturelle, pour en faire une section du liv. 2, tit. 8, sect. 3, de son livre des *Lois civiles*.

ou de la police, le propriétaire est néanmoins responsable du dommage causé par la ruine de l'édifice, puisque l'art. 1386 n'exige aucune sommation ni avertissement préalable.

Mais la sommation peut lever beaucoup de difficultés. Par exemple, si l'édifice ruineux est tombé à la suite d'une tempête ou autre événement fortuit de force majeure, sans qu'il y ait eu sommation préalable de le réparer ou démolir, le propriétaire ne manquera point, pour s'excuser de payer le dommage causé par la chute, de prétendre qu'elle n'est due qu'à l'effort de la tempête, qui est un cas fortuit dont personne ne répond. Les particuliers lésés prétendront, au contraire, que la maison n'est tombée que parce qu'elle était ruineuse, et que sans cela elle eût résisté à la tempête. Cette contestation devient difficultueuse; car il est difficile que des enquêtes respectives sur l'état de la maison tombée donnent des lumières suffisantes.

Ce n'est pas que la sommation suffise seule pour prouver que la chute n'a pas été occasionnée par la tempête ou autre cas fortuit; mais il est certain qu'elle peut rendre la décision beaucoup plus facile.

Suivant le droit romain, ceux qui appréhendaient qu'un édifice ruineux ne leur causât du dommage pouvaient exiger que le propriétaire promit, par stipulation, *stipulatione damni infecti*, de réparer le dommage, en cas qu'il arrivât; et s'il refusait de faire cette promesse, le préteur envoyait les demandeurs en possession de l'édifice.

En vertu de cette promesse, le propriétaire de l'édifice était, en cas d'événement, tenu de réparer le dommage. Cependant la loi dit (1) qu'il ne faut pas estimer le dommage à un prix excessif et immodéré. Par exemple, si les appartements d'une maison abattue ou endommagée par la chute de l'édifice ruineux étaient ornés de peintures, sculptures et autres ornements de luxe, il ne faut pas, suivant la loi, faire une estimation exacte de ces objets, ni la porter au prix qu'ils ont pu coûter, quoique la dépense originaire en ait été fort grande (2). Cette décision est fondée sur ce qu'il ne faut pas favoriser le luxe aux dépens du malheur qu'éprouve, quoique par sa faute ou par sa négligence, le propriétaire dont l'édifice est tombé en ruine.

Cette décision, pleine d'humanité, doit être suivie sous l'empire du Code, même dans le cas où le propriétaire eût reçu la sommation que n'exige pas l'art. 1386 pour le rendre responsable.

Néanmoins, les ornements de luxe doivent entrer, mais seulement pour une estimation modérée, dans la fixation des dommages et intérêts, quoique, dans le cas où le voisin veut exhausser un mur mitoyen qu'il a fait démolir pour le rendre plus fort et plus en état de supporter l'exhaussement, il ne soit obligé à rien pour le rétablissement des peintures, sculptures, etc., que le voisin avait fait faire sur les parois du mur de son côté.

La raison de différence est que celui-ci a dû prévoir que le copropriétaire du mur mitoyen userait de la faculté légale d'exhausser le mur, au lieu que celui qui souffre du dommage de la chute de l'édifice voisin n'a pu prévoir cet événement (3).

Si l'édifice dont la chute a causé quelque dommage appartient à plusieurs propriétaires, ils n'en seront pas tenus solidairement, mais chacun en proportion de la part qu'il avait dans l'édifice tombé : *pro dominicis partibus*. (L. 40, ff. *de damno infecto*, 39, 2.)

Le droit romain permettait au propriétaire de la maison tombée en ruine de se dispenser de réparer le dommage que sa chute avait causé, en abandonnant tous les matériaux. (L. 6 et 7, § 2, ff. *de damno infecto*, 39, 2.) Notre art. 1386 ne lui donne point cette faculté, et la manière dont cet article est conçu semble au contraire la lui interdire, puisqu'il le rend personnellement *responsable du dommage causé par sa ruine*.

Au reste, sa disposition est générale, elle rend le propriétaire de l'édifice tombé en ruine responsable envers tous ceux qui ont souffert du dommage : il en répond donc envers ses locataires, dont les meubles ont été détruits ou endommagés.

Mais en répond-il envers l'usufruitier de la maison ruinée? Il faut distinguer. Et d'abord, si la ruine était arrivée par une suite du défaut d'entretien, *depuis l'ouverture de l'usufruit*, non-seulement l'usufruitier n'aurait aucune action en indemnité vers le propriétaire, mais encore il serait tenu envers lui de réparer tous les dégâts occasionnés à la maison, par suite de sa faute.

Si la ruine est arrivée par un vice de construction du bâtiment ou du sol, c'est le propriétaire que notre art. 1386 en rend responsable : il en répondrait donc envers l'usufruitier, aussi bien qu'envers le voisin; car l'article ne fait aucune distinction, et on n'aperçoit aucune raison pour, dans le cas où l'édifice se trouve grevé d'un droit d'usufruit, décharger le pro-

(1) L. 40, ff. *de damno infecto*, 39, 2.

(2) « Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam æstimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas; licet enim in hæc magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione, moderatam æstimationem faciendam; quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda est. » (L. 40, ff. *de damno infecto*, 39, 2.)

(3) *Voy*. ce que nous avons dit, t. 2 (III, éd. fr.), n° 209, et Domat, liv. 2, tit. 8, sect. 3, n° 5, à la note.

priétaire d'une responsabilité que la loi lui impose.

Si la ruine est arrivée par suite du défaut d'entretien antérieur à l'ouverture de l'usufruit, il faut encore distinguer. Si l'état des biens que l'usufruitier est obligé, avant d'entrer en jouissance, de faire dresser en présence du propriétaire, par lui dûment appelé, constate que dès lors l'édifice menaçait ruine, et si, nonobstant cela, l'usufruitier, sans prendre aucune précaution, sans y faire les réparations nécessaires pour en prévenir la ruine, a eu l'imprudence d'aller habiter l'édifice, d'y faire mettre des effets, ou de le louer sans prévenir le locataire du danger, c'est lui seul qui doit répondre du dommage, qui est la suite de son imprudence. Vainement alléguerait-il qu'il était obligé de prendre les choses dans l'état, et qu'il ne pouvait contraindre le propriétaire à faire les réparations nécessaires à l'édifice. S'il voulait en retirer du profit ou l'habiter, il devait lui-même faire ces réparations, sauf à lui en être tenu compte à la fin de l'usufruit. Il a commis, en ne le faisant pas, une haute imprudence dont il doit répondre.

Mais l'usufruitier doit-il également répondre, envers les voisins, du dommage que leur a causé par sa chute l'édifice déjà ruineux lors de l'ouverture de l'usufruit?

C'est le propriétaire que l'art. 1386 rend responsable de ce dommage; et l'on ne voit pas de motifs pour l'en dégager, uniquement parce qu'il existe un droit d'usufruit sur l'édifice. Il est vrai qu'il ne peut abattre l'édifice contre le consentement de l'usufruitier; mais si celui-ci s'y opposait, le propriétaire aurait deux moyens de se dégager de la responsabilité : l'un de sommer l'usufruitier de consentir à la démolition de l'édifice, faute de quoi il demeurera responsable des événements de sa ruine et des dommages qu'elle pourrait causer, tant aux voisins qu'au propriétaire lui-même; l'autre, de faire les réparations nécessaires pour mettre l'édifice en état de sûreté, et faire cesser le danger de la ruine, et de se faire payer par l'usufruitier l'intérêt de la somme que ses réparations auront coûté, si mieux il n'aimait avancer cette somme, pour en avoir reprise à la fin de l'usufruit.

Ce que nous avons dit du dommage causé par la chute d'un bâtiment peut s'appliquer au dommage causé par la chute d'un arbre. Le principe est le même, si c'est par la faute ou la négligence du propriétaire qu'il est tombé; tout dépend des circonstances (1).

SECTION III.

Des engagements sans convention qui naissent à l'occasion des cas fortuits.

SOMMAIRE.

518. Deux sortes de cas fortuits : les uns arrivés sans le concours d'aucun fait de l'homme; les autres avec le concours de quelque fait qui les a précédés ou accompagnés.
519. Celui dont le fait a été la cause ou l'occasion d'un cas fortuit doit réparer le dommage qu'il a causé.
520. Il ne s'agit ici que des cas fortuits arrivés sans le concours d'aucun fait de l'homme. Effets qu'ils peuvent produire sur les engagements antérieurs.
521. Il y a des cas fortuits qui ne font naître aucun engagement, quoiqu'ils causent de la perte ou du profit : d'autres en font naître de réciproques ou non réciproques.
522. Quand un cas fortuit cause de la perte à une personne, sans enrichir une autre, celle-là doit seule la supporter. Exemples, en cas d'abordage de navires, de vols faits dans une voiture publique par des brigands.
523. Quand un cas fortuit enrichit une personne aux dépens d'une autre, la première doit rendre ou laisser reprendre ce que l'autre a perdu. Exemple, dans les choses égarées ou entraînées par les eaux sur l'héritage d'autrui.
524. Mais, en reprenant sa chose, le propriétaire doit payer les frais de conservation, et même le dommage qu'elle a causé.
525. Il peut néanmoins abandonner la chose pour le dommage, et pourquoi.
526. Obligation de permettre l'entrée de son héritage, pour y chercher une chose qui y est enfouie ou tombée, toutefois en réparant le dommage.
527. Et pour y rétablir le cours des eaux, obstrué naturellement ou par cas fortuit, d'une manière nuisible au fonds supérieur.
528. Obligation, en cas de navigation, etc., de mettre en commun la provision de vivres réservée par un particulier, lorsque les autres en manquent.
529. Obligation que fait naître le cas fortuit qui oblige de jeter des choses à la mer pour sauver le navire, ou de payer une somme pour le racheter.

518. Nous avons vu, en commençant ce titre, que tous les engagements viennent de la volonté de l'homme par la convention, ou de la loi; et que, suivant l'art. 1370, les engagements sans convention viennent, les uns, de l'autorité seule de la loi, et les autres, à l'occasion d'un

---

(1) *Voy.* Delvincourt, t. 2, p. 452, notes; Dalloz, vº *Responsabilité*, nº 628; et Rolland de Villargues, nºs 99 à 102; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 729; Malleville, sur l'art. 1386; Henrion, *Compétence des juges de paix*, chap. 38; Lepage, *Lois des bâtiments*, *in fine*; Fournier, *du Voisinage*, t. Ier, p. 195; Rolland, nº 95.

fait de l'homme, quelquefois même d'un fait involontaire dont la loi le rend responsable, parce qu'il y a de sa part faute, imprudence ou négligence.

Nous avons ajouté, n° 9, que la loi impose quelquefois à l'homme des engagements à l'occasion de certains cas fortuits, quoiqu'on ne puisse lui reprocher ni faute, ni négligence, ni imprudence. Notre Code civil passe sous silence ces engagements, dont le sage et judicieux Domat traite dans un titre particulier de ses *Lois civiles*, liv. 2, tit. 9.

On appelle *cas fortuits* les événements qui arrivent indépendamment de la volonté de l'homme, soit qu'ils lui causent du profit ou de la perte.

On en distingue deux espèces : les uns arrivent par le pur effet du cours de la nature, sans aucun concours du fait de l'homme, comme un coup de foudre, un naufrage, un débordement, un tremblement de terre, une lavanche ou avalanche, etc.

Les autres arrivent aussi par le cours ordinaire de la nature, mais avec le concours de quelque fait de l'homme qui les a précédés ou accompagnés, et qui en a été la cause ou l'occasion, comme un incendie arrivé par la fermentation naturelle et l'inflammation des foins ou autres matières combustibles, imprudemment enfermées et entassées avant d'être suffisamment sèches.

319. Dans ces sortes de cas fortuits mixtes, où il y a eu concours de quelque fait de l'homme, sans lequel ils ne seraient point arrivés, celui dont la faute, l'imprudence ou la négligence en a été la cause ou l'occasion, est tenu de réparer le dommage qui s'en est suivi : *Qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur*. (L. 30, § 3, ff. *ad legem Aquiliam*, 9, 2.) Son engagement est plus alors l'effet de sa faute ou de son imprudence, que du cas fortuit qui l'a suivie.

320. Nous en avons parlé dans les sections précédentes. Nous ne parlerons dans celle-ci que des cas fortuits arrivés sans aucun concours du fait de l'homme.

Ils peuvent produire différents effets relativement aux engagements. Ils peuvent rompre ou éteindre des engagements antérieurs, les diminuer ou y changer quelque chose; mais ils peuvent aussi en faire naître de nouveaux.

Ils rompent ou éteignent des engagements antérieurs : par exemple, le vendeur est dégagé de l'obligation de délivrer la chose vendue, si elle vient à périr sans sa faute par cas fortuit, pendant qu'il n'était pas en demeure de la livrer; et l'acheteur n'en demeure pas moins obligé de payer le prix.

Ils diminuent l'engagement précédent ; par exemple, dans le cas des art. 1769 et 1770 du Code, le prix de la ferme est diminué, lorsque la totalité ou la moitié au moins des récoltes est enlevée par des cas fortuits.

Nous ne nous occupons point, dans cette section, de l'effet que peuvent produire les cas fortuits sur les engagements antérieurs, mais seulement des nouveaux engagements que la loi fait naître à leur occasion.

Nous n'entendons point aussi parler de ces engagements ou devoirs imparfaits que la charité commande à tous les hommes les uns envers les autres, tels que l'obligation de secourir celui qui est tombé dans la misère, etc. ; ... mais de ces engagements parfaits que sanctionnent les lois civiles, en permettant de recourir aux tribunaux pour contraindre les réfractaires à les exécuter.

321. Tous les cas fortuits qui causent des pertes ou procurent des gains à une personne ne forment pas pour cela des engagements; et, entre ceux qui en forment, les uns en forment de réciproques entre deux ou plusieurs personnes, d'autres n'en forment que d'une part seulement. Il ne paraît pas que l'on puisse tracer une règle générale pour distinguer les cas fortuits dont il ne peut ou dont il peut naître des engagements réciproques ou non réciproques.

Ces différences dépendent des conjonctures et des circonstances qui diversifient les événements, et qui peuvent faire juger si, à quoi et envers qui se trouve obligé chacun de ceux que les suites du cas fortuit peuvent concerner.

322. On peut cependant, ce semble, poser en principe général que toutes les fois qu'un cas purement fortuit cause de la perte ou du dommage à une personne, sans enrichir une autre à ses dépens, celle qui l'éprouve n'a droit à aucune indemnité.

Ainsi, par exemple, « en cas d'abordage de navires, si l'événement a été purement fortuit, le dommage est supporté, sans répétition, par celui des navires qui l'a éprouvé. » (Art. 407 du Code de commerce.)

Ainsi encore, lorsque des brigands (1) attaquent une voiture publique, et enlèvent l'argent ou les effets de l'un des voyageurs, sans enlever ceux des autres, le premier supporte seul cette perte, qui ne les a point enrichis, sans pouvoir réclamer vers eux aucune indemnité. C'est l'application de la règle *Res perit domino*.

Sans doute, la charité, l'honneur même bien entendu, commandent à ceux qui n'ont rien perdu d'aider, lorsqu'ils le peuvent, celui qui, dépouillé de tout, n'a pas même de quoi con-

(1) « Si navis a piratis redempta sit, Servius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere aiunt. Quod vero prædones abstulerint, eum perdere cujus fuerit, nec conferendum esse ei qui suas merces redemerit. » L. 2, § 3, ff. *de lege Rhodia*, 14, 2.

tinuer son voyage : mais ce n'est là qu'un devoir imparfait, dans l'ordre du droit civil, et dont l'accomplissement ne peut être réclamé devant les tribunaux.

323. Si, au contraire, les pertes occasionnées, le dommage causé à une personne par un cas purement fortuit, enrichissent une autre à ses dépens, celle-ci serait obligée de rendre ou de laisser reprendre ce que l'autre a perdu.

Ainsi, par exemple, celui qui trouve une chose perdue doit la rendre (1), s'il sait à qui elle appartient ou s'il peut le savoir ; et s'il la retient sans dessein de la rendre, sans tâcher de découvrir le propriétaire, il commet un larcin, suivant les lois romaines (2).

Ainsi encore, si un débordement abat une maison et entraîne les matériaux et les meubles dans l'héritage d'un autre, celui-ci est obligé d'en donner l'entrée au propriétaire des meubles et matériaux, et de souffrir qu'il les reprenne et enlève.

Il en serait de même d'un bateau (3), des bois de marine et autres choses entraînées par la force des eaux.

Ces décisions sont des conséquences de la règle : *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* (L. 206, ff. *de reg. jur.*), règle qui est elle-même une conséquence de la loi sacrée de la propriété.

324. Mais comme il serait également contre l'équité que celui qui rend la chose trouvée ne sortît pas indemne et souffrît quelque perte à son occasion, celui qui l'avait perdue est obligé, de sa part, à rendre les dépenses faites pour la conserver et pour en connaître le propriétaire, comme le prix de la nourriture de la bête égarée, les frais de transport de la chose trouvée pour la mettre en sûreté, ceux des publications nécessaires pour avertir le propriétaire, etc.

Et de même le propriétaire de l'héritage où les débris de la maison abattue par le débordement, des meubles, bois, etc., ont été entraînés par la force des eaux, n'est tenu d'accorder l'entrée de son héritage, pour les reprendre et les enlever, que sous la condition (4) d'être indemnisé, non-seulement du dommage qu'y pourra causer l'enlèvement de ces débris, mais encore de celui qu'y a déjà causé le transport de ces débris par les eaux.

325. Mais si les frais de l'enlèvement et l'indemnité due pour le dommage causé et à causer à l'héritage excédaient la valeur de ces débris, etc., le propriétaire pourrait les abandonner pour le dommage, en ne les réclamant pas. Le propriétaire de l'héritage n'aurait pas d'action pour le contraindre à les enlever et à réparer le dommage qu'ils ont causé, comme dans le cas d'un édifice tombé en ruine par défaut d'entretien ou par vice de construction (art. 1386). Car, dans le cas du débordement, le dommage a été causé par un pur cas fortuit, sans qu'on puisse reprocher au propriétaire de la maison aucune faute, imprudence ou négligence. Il ne pouvait ni prévoir, ni empêcher un événement qui lui cause à lui-même beaucoup plus de dommage qu'au propriétaire de l'héritage où les débris de sa maison ont été entraînés ou déposés. Mais s'il veut les réclamer, comme il en a le droit, il sera tenu de les enlever tous (5), non-seulement ceux qui peuvent encore être utiles, mais de plus ceux qui, loin de l'être, pourraient causer du dommage à l'héritage, s'ils continuaient de rester sur le lieu, tels que le sable, les gravois, etc.

326. Ce n'est pas seulement à l'occasion d'un cas de force majeure, que la loi nous impose l'obligation de donner l'entrée de notre héritage pour y aller chercher et reprendre les choses qui y appartiennent à autrui. J'apprends par une note trouvée dans les papiers de mon père, ou par tout autre moyen, qu'il a enfoui un trésor, une somme d'argent, dans un endroit désigné de votre enclos. L'équité, la loi de la propriété que vous devez respecter, vous ordonnent de m'y laisser entrer pour le chercher. On en trouve une disposition impérative dans le droit romain (6). Vous refuser à mes recherches,

(1) « Non videbis bovem fratris tui, aut ovem errantem, et præteribis; sed reduces fratri tuo, etiamsi non est propinquus frater tuus, nec nosti eum ; duces in domum tuam, et erunt apud te quamdiu quærat ea frater tuus, et recipiat. Similiter facias de asino, et de vestimento, et de omni re fratris tui, quæ perierit; si inveneris eam, ne negligas quasi alienam. » (Deuter., 221 et seq.)

(2) « Qui alienum quid jacens, lucri faciendi causa, sustulit, furti obstringitur, sive scit cujus sit, sive ignoravit. Nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit ignoret. » (L. 43, § 4, ff *de furti*, 47, 2.)

(3) « Si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit. » (L. 5, § 4, ff *ad exhib.*, 10, 4.)

(4) « De his quæ vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quæritur? Trebatius refert, cum Tiberis abundasset, et res multas multorum in aliena ædificia detulisset, interdictum a prætore datum, ne vis fieret dominis, quominus sua tollerent, auferrent, si modo damni infecti repromitterent. » (L. 9, § 1, ff. *de damno infecto*, 39, 2.)

« Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de præterito quoque damno mihi cavisses. » (L. 9, § 3, *ibid.*)

(5) « Nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur quæ sunt prolapsa. » (L. 9, § 2, *ibid.*)

« Tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est, et quæ inutilia essent, auferret. » (L. 7, § ult., *ibid.*)

(6) « Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere... Labeo ait non esse iniquum juranti mihi non calumniæ causa id postulare vel interdictum vel judicium ita dari, ut, si per me non stetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias

serait une injustice qui pourrait avoir l'effet de vous approprier ce qui m'appartient. Si vous aviez trouvé cet argent, vous seriez tenu de me le rendre.

Le principe de cette décision s'applique à beaucoup d'autres cas. J'ai laissé tomber par hasard un effet précieux, un sac d'argent dans votre puits, dans une fosse morte, etc. Vous êtes obligé de permettre que je le fasse chercher, même en vidant votre puits ou votre fosse morte, si cela est nécessaire; mais aussi je suis tenu de réparer tout le dommage, de quelque nature qu'il soit, que le travail de ma recherche aura causé, soit que je retrouve ou non ce que j'ai perdu.

C'est de ce même principe que dérive le droit du propriétaire d'un arbre fruitier, dont les fruits sont tombés sur le fonds du voisin, de contraindre celui-ci à lui donner passage pour les y aller cueillir (1).

527. L'obligation de permettre l'entrée de son héritage pour l'utilité du voisin vient encore d'un cas fortuit, prévu par les lois romaines, lorsque quelque accident imprévu ou seulement la succession du temps a obstrué le cours des eaux qui découlent du fonds supérieur, et les fait refluer d'une manière nuisible sur ces fonds, dont les propriétaires désirent, pour leur utilité, de rétablir le cours des eaux dans son ancien état.

Sans doute, « les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement. » (Art. 640.) « C'est l'ordre de la nature, que la loi civile défend de troubler, en défendant au propriétaire inférieur d'élever des digues qui empêchent cet écoulement d'une manière nuisible au propriétaire supérieur. (Art. 640.) Il pourrait donc contraindre celui qui les aurait élevées à les détruire.

Mais si les éboulements ou les avalanches des fonds supérieurs, quelque autre événement fortuit, ou les graviers et immondices que les eaux charrient naturellement, viennent à en obstruer le cours, les propriétaires supérieurs n'ont rien à reprocher à l'inférieur, qui n'a fait que laisser agir la nature; ils n'ont donc pas d'action contre lui pour le contraindre de rétablir, quelquefois à grands frais, l'ancien état des choses.

Mais si, pour leur propre intérêt, ils désirent le rétablir à leurs frais et sans nuire à l'inférieur, celui-ci pourra-t-il les en empêcher, en leur refusant l'entrée de son fonds, pour y aller faire les travaux nécessaires au rétablissement de l'ancien cours des eaux? L'équité s'y oppose, pourvu que ces travaux ne lui nuisent point, et que les propriétaires supérieurs s'obligent de réparer le dommage que pourraient lui causer tant les travaux que le passage des travailleurs. La nature crie dans tous les cœurs qu'il est permis à chacun de faire ce qui lui est utile, quand il le peut sans nuire à personne.

Les lois romaines donnaient donc une action aux propriétaires supérieurs, pour contraindre l'inférieur à leur permettre l'entrée de son fonds en s'obligeant toutefois de réparer le dommage et de l'en indemniser. Labéon objectait que la nature seule ayant changé l'état des lieux, chacun devait s'y soumettre et supporter la perte ou le profit qui lui en revient: *Apud Namusam relatum est, si aqua profluens iter suum stercore obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari... Labeo contra Namusam probat; ait enim naturam agri ipsum a se mutari posse; et ideo cum per se natura agri fuerit mutata..., unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit: idcirco etsi terræ motu aut tempestatis magnitudine, soli causa mutata sit, neminem cogi posse ut sinat, in pristinam loci conditionem redigi; sed nos etiam in hunc casum æquitatem admisimus.* (Loi 2, § 6, *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, 39, 3.)

Cette décision est approuvée par Domat, liv. 2, tit. 9, sect. 2, n° 5. En voici une autre tirée du § 1 de la même loi (2), fondée sur le même principe que la précédente: Si le propriétaire inférieur néglige de curer un fossé creusé de temps immémorial pour le desséchement des terres, de manière que les eaux s'arrêtent sur mon terrain, qui est supérieur au sien, j'ai une action contre lui pour le contraindre, ou à creuser le fossé, ou à me permettre de le curer moi-même à mes frais.

Le savant Merlin, dans son Répertoire (v° *Eaux pluviales*, n° 3), approuve cette décision, qui est, comme la précédente, parfaitement conforme aux principes du droit et à la raison; car si la nature et la loi assujettissent *les fonds inférieurs* (3) à recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds plus élevés, elles n'assujettissent *la personne* du propriétaire de ces fonds à rien faire pour faciliter cet écoulement. La loi se borne à lui défendre d'y mettre

---

mihi, quominus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem. » (L. 15, ff. *ad exhibend.*, 10, 4.)

Il est assez évident que, dans cette loi, il ne s'agit point d'un trésor proprement dit: « Pecunia vetus deposita, cujus memoria non extat. »

(1) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 2 (III, éd. fr.), n° 517.

(2) En voici le texte:

« Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam extare quando facta est; hanc inferior vicinus non purgabat, sic fiebat ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo aquæ pluviæ arcendæ cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere. »

(3) C'est l'expression propre, c'est l'expression énergique de l'art. 640, qui ne dit pas que les *propriétaires du fonds*, mais que les *fonds inférieurs* sont assujettis.

obstacle. C'est le sol qui est assujetti ; c'est le sol qui doit la servitude. L'obligation est purement réelle ; elle ne lie que la chose et non la personne : *prædium non persona servit ;* et c'est pour cela qu'aucune servitude ne peut obliger le propriétaire du fonds servant à y faire quelque chose ; car un fonds est une chose inanimée qui ne peut être chargée de l'obligation de faire (1).

Ainsi, la nature avait assujetti le sol à recevoir l'écoulement des eaux supérieures ; la loi civile a défendu au propriétaire de ce sol de mettre à cet écoulement aucun obstacle par son fait, en élevant des digues ou autrement ; mais si l'obstacle vient de la nature elle même, la loi civile ordonne-t-elle au propriétaire inférieur de se mettre en frais pour lever cet obstacle naturel ? Non certes, et elle ne doit pas l'ordonner. La nature avait établi la servitude ; la nature y met ensuite un obstacle, qui gêne ou supprime cette même servitude ; celui à qui elle était avantageuse doit supporter cet obstacle ou le faire lever à ses frais. C'est le cas de dire, avec Labéon, que chacun doit supporter les événements naturels, soit que sa condition en devienne meilleure ou pire : *Unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit.* Tout ce que la loi peut faire, c'est de permettre à celui à qui nuit cet obstacle de le faire lever à ses frais, sans toutefois causer aucun dommage.

Ces principes, si nettement établis par ces jurisconsultes romains, dont les doctrines ont mérité dans toute l'Europe le nom de raison écrite, sont de temps immémorial naturalisés en France. Ils ont été consacrés de nouveau par les art. 697 et 698 du Code civil. Pour en écarter l'application à un cas auquel les ont spécialement appliqués ces mêmes lois romaines, où nous les avons puisés, il faudrait donc une disposition précise, qu'on ne trouve point dans l'article 640 du Code, dont la rédaction en favorise l'application. Il assujettit *les fonds inférieurs* à recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs ; et en conséquence de cette servitude, il défend au propriétaire d'élever des digues qui empêchent l'écoulement, et au supérieur de rien faire qui le rende plus onéreux.

Ces prohibitions sont communes à toutes les servitudes. Quant aux ouvrages nécessaires *pour user de la servitude ou pour la conserver,* aux frais de qui doivent-ils être faits ? L'art. 640 garde le silence sur ce point. Qu'en résulte-t-il ? Qu'il s'en rapporte à la règle si ancienne, commune à toutes les servitudes, que ces ouvrages sont aux frais de celui auquel est due une servitude, et non à ceux *du propriétaire du fonds assujetti.* (Article 698.)

Telle est la seule conséquence, la conséquence nécessaire qu'on peut raisonnablement tirer du silence de l'art. 640.

Cependant, deux auteurs très-recommandables, Pardessus (2), et Garnier (3), qui a suivi sa doctrine sans le citer, ont prétendu écarter l'application de ces principes à la servitude établie par notre article 640.

Le premier, après avoir posé le principe que le propriétaire inférieur ne peut élever des digues qui empêchent ou gênent l'écoulement des eaux, en les faisant refluer vers le fonds supérieur, et que le propriétaire supérieur ne peut également rien faire qui aggrave les charges de l'inférieur, obligations *corrélatives,* comme il le dit fort bien, et qu'il fonde l'une et l'autre sur les lois romaines, ajoute : « Si la succession » du temps, ou quelque accident imprévu avait » comblé le lit des eaux, les propriétaires des » fonds inférieurs pourraient être contraints » d'en faire le curage, *chacun dans l'étendue* » *de son domaine.* Nul ne serait fondé à s'y » refuser, soit en prétendant que ce lit a été » comblé par un événement naturel dont il ne » veut pas changer les effets, soit en invoquant » *la règle générale,* qui ne permet pas que les » servitudes consistent, de la part du propriétaire du fonds assujetti, dans l'obligation de » faire des travaux pour aider l'exercice de la » servitude. »

Et pourquoi donc ne serait-on pas fondé à opposer cette *règle générale* ? Car, par cela même qu'elle est générale, si l'on veut en excepter la servitude établie par l'article 640, à laquelle le droit romain en fait l'application spéciale, il faut que la loi prononce cette exception. Pardessus l'a fort bien senti, et ne trouvant point cette exception dans le Code civil, qui a ponctuellement suivi la règle générale, en rejetant même la seule exception qu'y avait faite le droit romain, à l'égard de la servitude d'appui, *oneris ferendi* (4), il est allé chercher l'exception nécessaire pour étayer son opinion dans la loi du 4 floréal an XI. Il prétend que la règle générale que nous a transmise la sagesse des législateurs romains ne s'applique qu'aux servitudes conventionnelles, « et non pas aux servitudes naturelles, qui sont des lois de voisinage et de » nécessité, régies par des principes différents » des conventionnelles. » Et pourquoi cela ?

(1) C'est donc sur la raison qu'est fondé le grand principe du droit romain en cette matière :

« Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur, aut non faciat » (L. 15, ff. *de servit.*, § 1, 8, 1.)

Principe suivi par le Code civil avec une telle ponctualité, qu'il a rejeté la seule exception que le droit romain y avait faite, dans le cas de la servitude d'appui, *oneris ferendi. Voy.* ce que nous avons dit, t. 2 (III, éd. fr.), nº 663.

(2) Dans son *Traité des servitudes*, nº 92.

(3) Dans son *Régime des eaux*, nº 113, p. 91.

(4) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 2 (III, éd. fr.), nº 663.

Parce que « l'espèce particulière de propriété, » ou plutôt d'usage, dont les eaux sont suscep» tibles, les rapports de cet élément et les be» soins de l'agriculture et des arts, sont autant » de motifs qui fortifient notre sentiment. »

Mais la propriété ou l'usage des eaux, les rapports *de cet élément* avec la salubrité et les besoins de l'agriculture et des arts, étaient les mêmes sous l'ancienne législation française, ainsi qu'à Rome, où l'agriculture était plus honorée qu'en France. Cependant en France, comme à Rome, la servitude d'écoulement des eaux supérieures sur les fonds inférieurs se réduisait, comme toutes les autres, à souffrir l'écoulement, et ne s'étendait pas à faire les travaux nécessaires pour le faciliter et pour le rétablir.

Les motifs allégués par Pardessus, *pour fortifier son sentiment,* ne sont donc pas suffisants pour le faire admettre contre la règle générale. En quoi, en effet, la salubrité, les besoins de l'agriculture et des arts sont-ils intéressés à ce que les propriétaires des fonds inférieurs, plutôt que ceux des fonds supérieurs, fassent à leurs frais les travaux nécessaires pour l'exercice d'une servitude établie en faveur des fonds supérieurs? Pardessus a donc senti la faiblesse des raisons qu'il donne, non pour établir, mais pour *fortifier* son sentiment contre la règle générale; et pour faire taire toutes les objections, il ajoute, page 149, « qu'on n'en peut élever de fondées, » puisque la loi du 14 floréal an XI met le curage » des rivières, qui ne font pas partie du domaine » public, *à la charge des riverains.* »

Garnier, qui n'a rien ajouté aux raisonnements de Pardessus, prétend aussi que la règle générale : que les servitudes ne consistent qu'à souffrir et non à faire, *non facere, sed pati,* etc., ne peut, *d'après les principes de notre nouvelle législation,* s'appliquer qu'aux servitudes conventionnelles; mais qu'à l'égard des servitudes imposées *ex natura loci,* en matière de cours d'eaux, nos lois assujettissent formellement les propriétaires inférieurs *à faire le curage le long de leurs héritages :* c'est donc, en dernière analyse, la loi du 14 floréal, dont l'auteur rapporte les dispositions, page 111, sur laquelle ces deux savants auteurs fondent leur opinion.

Eh bien! je dois le dire, pour l'amour de la vérité, malgré le respect que m'imposent leur science et leurs talents, je reste profondément convaincu que la lettre et l'esprit de cette même loi, sur laquelle ils se fondent, détruisent complétement leur opinion : le public en jugera par la seule lecture du texte.

L'art. 1er porte : « Il sera pourvu au curage » des canaux et rivières non navigables, et à » l'entretien des digues et ouvrages d'art qui y » correspondent, de la manière prescrite par » les anciens règlements, ou d'après les usages » locaux. »

L'art. 2 : « Lorsque l'application des règle» ments ou l'exécution du mode consacré par » l'usage, éprouvera des difficultés, ou lorsque » des changements survenus exigeront des dis» positions nouvelles, il y sera pourvu par le » gouvernement, dans un règlement d'adminis» tration publique, rendu sur la proposition du » préfet du département, de manière que *la* » *quotité de la contribution de chaque imposé* » *soit toujours relative au degré d'intérêt qu'il* » *aura aux travaux qui devront s'effectuer.* »

Cette disposition, évidemment contraire à l'opinion des auteurs que nous combattons, est d'une justice exacte. C'est toujours le degré d'intérêt que chacun peut avoir à une chose, qui doit régler la quotité de sa contribution. Cette règle, d'éternelle justice, était violée ouvertement dans l'ancienne jurisprudence, surtout en Bretagne, où l'on obligeait les riverains des chemins vicinaux à les réparer seuls le long de leurs héritages, même lorsque ces chemins leur étaient inutiles, comme nous en avons vu plusieurs exemples. Cette longue injustice fut réparée par la loi du 28 septembre 1791 (1), qui met les chemins à la charge des *communautés* sur le territoire desquelles ils sont établis, et qui les autorise à lever à cet effet une imposition au marc la livre de la contribution foncière, au moyen de laquelle chacun contribue dans la proportion de son intérêt.

C'est ce principe de justice que la loi du 14 floréal an XI applique au curage des petites rivières : il n'est donc pas vrai que les riverains puissent être *contraints de faire le curage, chacun dans l'étendue de son domaine*, comme le prétend Pardessus; *chacun le long de leurs héritages,* comme le dit Garnier, dont l'opinion nous ramènerait les injustices de l'ancienne jurisprudence. L'art. 3 de cette même loi, dont ils tirent une si fausse conséquence, veut que chacun ne contribue au curage que *suivant les rôles de répartition dressés sous la surveillance du préfet, rendus exécutoires par lui, et le recouvrement s'en opère de la même manière que celui des contributions publiques.*

On a peine à concevoir comment ces deux savants auteurs ont pu invoquer, au soutien de leur opinion, une loi qui la rejette et la détruit si complétement.

Mais, de plus, ils en ont fait la plus fausse application à la servitude de l'écoulement des eaux supérieures dont parle l'art. 640 du Code. Cette servitude, qui n'a aucun trait à l'ordre public, est totalement différente d'une rivière, et doit être régie par les principes communs à toutes les servitudes particulières, et non par les règles établies pour les rivières. C'est ce qu'ont pensé les hommes savants, chargés par le gouvernement de rédiger un projet de Code rural. Ils ont toujours distingué la servitude

(1) Tit. 1, sect. 6, art. 2.

dont parle l'art. 640 du Code, des petites rivières et même des ruisseaux. Le dernier projet, *revu et augmenté d'après les observations des commissions consultatives,* après avoir (1) répété le texte de l'art. 640, qui défend au propriétaire inférieur d'élever des digues qui empêchent l'écoulement des eaux, et au propriétaire inférieur de rien faire qui aggrave la servitude du fonds supérieur, ajoute :

« Lorsqu'il survient, dans le cours des eaux, des changements naturels et indépendants du fait de l'homme, s'ils sont irréparables, ils doivent être supportés *par celui qui en souffre,* quoiqu'à l'avantage d'un autre voisin.

« S'ils peuvent être réparés, *le propriétaire qui en souffre* aura le droit de rétablir les choses dans leur premier état, en tout ou seulement en partie, selon qu'il y aura lieu, *à la charge de ne causer aucun dommage à autrui,* ou de l'indemniser. » (Domat, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 9, section 1, § 5.)

Ainsi, les hommes savants occupés, par ordre du gouvernement, à méditer sur ces matières, non-seulement n'ont pas cru, comme les auteurs que nous combattons, que les principes de notre nouvelle législation s'opposassent à ce qu'on fît aux servitudes dérivées *ex natura loci,* et notamment à celles dont parle l'art. 640 du Code, l'application de *la règle générale* que les travaux nécessaires à l'usage ou à la conservation de la servitude ne doivent pas être aux frais du propriétaire du fonds assujetti, comme le veut l'art. 698; mais ils ont pensé qu'il fallait conserver cette règle et continuer de l'appliquer à la servitude de l'écoulement des eaux (art. 640), comme l'ont fait les lois romaines, l'ancienne jurisprudence française, Domat, etc., et sous la nouvelle législation, Merlin.

Nous ne nous serions pas arrêté sur un point si bien démontré, si nous n'avions jugé qu'il était nécessaire de détruire l'impression que peut faire, sur les esprits, l'ouvrage d'un professeur célèbre, dont l'influence est encore augmentée par la place qu'il occupe à la cour suprême.

328. La loi *Rhodia* fait naître de la nécessité un engagement sans convention bien sacré, à l'occasion du danger commun où se trouvent plusieurs personnes dans le cas d'une navigation, lorsque les vivres viennent à manquer; ce qui peut être aussi applicable au cas d'une caravane ou d'un voyage dans les déserts. Dans ces cas, celui des passagers ou voyageurs qui se trouve avoir des provisions de comestibles en réserve est tenu de les partager et mettre en commun avec les autres (2).

En vain le froid égoïste dirait-il que ses provisions sont peu abondantes, et qu'en les consommant aujourd'hui il peut mourir de faim le lendemain ou le surlendemain, le présent est tout en pareil cas. Il ne peut assurer sa subsistance du lendemain aux dépens de la vie que les autres sont en danger de perdre aujourd'hui. Le soin du lendemain est abandonné à la Providence.

329. Suivant la première disposition de cette loi *Rhodia,* que sa sagesse a fait adopter par toutes les nations, tout le chargement d'un navire et le navire lui-même étaient tenus de supporter, par voie de contributions, la perte des effets que le danger d'un naufrage avait fait jeter à la mer pour le salut de tous : *Lege Rhodia cavetur, ut si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.* (Loi 1, ff. *de lege Rhodia, de jactu,* 14, 2.)

Cette disposition, consacrée dans l'ordonnance de la marine de 1681, l'a été de nouveau dans le Code de commerce, du 20 septembre 1807, liv. 2, tit. 12, *du Jet et de la Contribution.*

Ce titre contient un assez grand nombre d'articles qui font naître beaucoup de questions dont le Code civil ne s'est point occupé, et qui sont du ressort du droit maritime. Nous nous bornerons donc ici à renvoyer aux commentateurs de l'ordonnance de 1681, à Emérigon, et surtout à l'excellent *Cours de droit commercial maritime* de notre savant compatriote et ami, Boulay-Paty.

---

(1) P. 568, t. 4 du *Recueil des pièces relatives au projet du Code rural.*

(2) « Cibaria... si quando ea defecerint in navigatione, quod quisque haberet, in commune conferret. » (L. 2, § 2, *in fine, de lege Rhodia,* 14, 2.)

ADDITIONS.

RÉPONSE A LA DISSERTATION DE MERLIN (1)

SUR LA REVENDICATION DES BIENS DE L'HÉRÉDITÉ, FORMÉE PAR LE VÉRITABLE HÉRITIER, CONTRE LES TIERS, QUI ONT ACQUIS DE BONNE FOI DE L'HÉRITIER APPARENT.

QUESTIONS.

1° *La bonne foi des tiers, qui ont acquis de l'héritier putatif ou apparent des biens dépendants de l'hérédité, suffit-elle pour faire maintenir les ventes, et pour repousser l'action du véritable héritier, qui revendique les biens vendus avant que la prescription soit acquise* (2)?

2° *En cas de négative, le recours en garantie qu'ont les acquéreurs évincés contre le vendeur, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, est-il un motif suffisant pour repousser, par exception,* ex persona venditoris, *la revendication du véritable héritier?*

3° *L'héritier apparent, à qui la succession était dévolue en entier, dans l'absence de l'héritier plus proche, ou de celui avec qui il devait concourir, est-il, quand il faut la lui rendre, en vertu de la pétition d'hérédité, tenu de restituer les capitaux et le prix des rentes qu'il a consommés de bonne foi, croyant n'abuser que de son bien.* (Art. 137, 138.)

Telles sont les questions que je me propose d'examiner ici. J'ai déjà examiné deux fois la première (3); voici à quelle occasion. Un arrêt de la cour de Caen, du 21 février 1814, confirmé par la cour de cassation, le 3 août 1815, avait jugé que « celui qui a acquis d'un héritier apparent doit être maintenu *toutes les* » *fois* qu'il est reconnu qu'il a fait son acquisition *de bonne foi.* »

Il me parut que ces arrêts portaient atteinte au principe sacré de la propriété, et qu'ils étaient contraires au droit romain, au droit français, aux articles 2125 et 2182 du Code civil. Je pensai donc qu'il était de mon devoir de les signaler, pour empêcher les tribunaux de première instance et les cours d'appel de les prendre pour règle de leurs jugements, et d'introduire dans la jurisprudence une maxime dangereuse et contraire aux vrais principes. Plus est imposante l'autorité de la cour de cassation, plus il me semble que je devais mettre de force dans la discussion, espérant, et même ne doutant point, si mes raisons sont aussi solides qu'elles me le paraissent, que cette cour, qui a rendu tant et de si éminents services à la jurisprudence française, ne donnât à la première occasion qui s'en présenterait un nouvel exemple de sa supériorité, en rétractant une première erreur, dont les plus grands génies ne sont point à l'abri.

Un jurisconsulte du premier mérite vient d'entreprendre la défense de ces arrêts, et certes, s'il se trouvait qu'il n'a pas réussi dans cette entreprise, il faudrait en désespérer (4). Il a trouvé ma critique sévère et notamment

---

(1) Imprimée dans la 3e édit. de ses *Quest. de droit*, vo *Héritier*, § 3. Éd. Tarlier, t. 8, p. 25.)

(2) Quand un legs universel a été annulé par justice, les héritiers légitimes non réservataires ont le droit de revendiquer, contre les acquéreurs, les immeubles de la succession aliénés par le légataire institué, même avant la demande d'annulation du testament et la pétition d'hérédité formée contre celui-ci. Brux., cass., 7 janvier 1847, *Bull.* 1847, p. 437; *Revue des revues de droit*, t. 3, p. 190; t. 6, p. 146, note 6; p. 147, notes 2, 3, 4; t. 7, p. 108; Championnière, *Revue de Législ.*, 1843, p. 238; Troplong, *Hyp.*, nos 468 et suiv.; *Vente*, no 960.

(3) *Voy.* t. 2 (IV, éd. fr.), no 239, et t. 4 (VII, éd. fr.), no 31.

(4) « Si Pergama dextra
» Defendi possent, etiam hac defensa fuissent. »

mal fondée, quant à l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt dont il s'agit. Enfin, il croit *pouvoir assurer que j'ai mêlé bien des erreurs à quelques vérités* (1).

Telles sont en effet la faiblesse et l'imperfection de l'esprit humain, que les écrits, même des plus grands hommes, contiennent presque toujours plus d'erreurs que de vérités. C'est pour chacun de nous un devoir de travailler à séparer l'ivraie du bon grain. J'espère que dans cette recherche, comme en toute autre occasion, l'amour de la vérité l'emportera chez moi sur l'amour-propre d'auteur : j'ai toujours cru m'honorer en rétractant les erreurs qui m'échappent quand je puis les découvrir; mais, si je dois rétracter mes erreurs, je dois aussi soutenir et développer les vérités que j'y ai mêlées. Pour fixer le point de la discussion, et ne pas courir le risque de m'égarer, je commencerai par rappeler l'espèce des arrêts dont il s'agit : car c'est *notamment quant à l'espèce* que Merlin trouve *ma critique mal fondée.*

Le sieur Famesson mourut le 8 germinal an VIII; le sieur d'Ormont, parent paternel, se présenta pour recueillir la succession, qu'il partagea avec la veuve Barberie, seule héritière dans la ligne paternelle. Quelque temps après, il vendit aux sieurs Ribart et Louvet une pièce de terre dépendante de l'hérédité; mais trente mois seulement après l'ouverture de la succession, il en fut évincé par des héritiers plus proches, lesquels, après l'avoir fait condamner à leur délaisser l'hérédité, vendirent tous leurs droits à un sieur de Prepetil, qui, se trouvant ainsi subrogé dans tous les droits des véritables héritiers, forma contre les sieurs Ribart et Louvet l'action en revendication de la pièce de terre qu'ils avaient acquise du sieur d'Ormont, héritier putatif. Ils furent condamnés à la délaisser au sieur de Prepetil, par le tribunal d'Argentan, dont le jugement fut réformé par arrêt de la cour de Caen, du 11 février 1814.

« Attendu, en droit, qu'il est constant que,
» suivant l'ancienne jurisprudence attestée par
» les auteurs normands, et puisée dans l'arrêt
» *Malandin*, du 19 juin 1759, *celui qui a ac-*
» *quis, d'un héritier apparent, tout ou partie*
» *des biens d'une succession,* de laquelle en-
» suite un autre parent plus proche a été envoyé
» en possession, a été maintenu dans son ac-
» quisition, *toutes les fois qu'il a été reconnu*
» *qu'il l'avait faite de bonne foi,* parce qu'en
» pareil cas le nouvel héritier a dû s'imputer
» la faute de ne s'être pas présenté plus tôt;
» raison qui a fait penser qu'il devait, *au res-*
» *pect de l'acquéreur,* prendre les choses dans
» l'état où il les trouvait, etc. (2). »

Le sieur de Prepetil se pourvut en cassation; mais, par un arrêt du 5 août 1815, son pourvoi fut rejeté.

« Attendu que l'arrêt dénoncé est fondé sur
» une ancienne jurisprudence, conforme au
» droit romain, et soutenu par les motifs les
» plus puissants d'ordre et d'intérêt public;
» qu'elle se concilie avec les articles prétendus
» violés 549, 724 et 1599 du Code civil, qui
» n'ont statué qu'en principe et règle géné-
» rale. »

Je prie le lecteur attentif de remarquer que ces arrêts ne sont fondés *que sur la bonne foi de l'acquéreur.* L'arrêt confirmé pose en principe que celui qui a acquis de l'héritier appa-

---

(1) Merlin, *Quest. de droit,* t. 8, p. 38, col. 1.

(2) Les autres considérants ne contiennent point de motifs nouveaux, mais seulement des développements du premier, et des réponses telles quelles aux objections contre le premier motif; néanmoins, pour plus d'exactitude, nous les copions ici en note.

« Attendu que le tribunal dont est appel, en recon-
» naissant la vérité de ce principe, a décidé que, d'après
» le Code civil, cette ancienne jurisprudence ne devait
» plus être maintenue; qu'ainsi il s'agit d'approfondir
» ce dernier point;

» Attendu que l'intimé, pour soutenir les jugements
» qu'il a obtenus, fait valoir deux principaux moyens
» tirés, le premier, des art. 549, 724, 789, 790 et 2265
» du Code civil, et le second, de l'art. 1599;

» Qu'en les examinant, on y reconnait des principes
» généraux, posés par le législateur, pour les cas ordi-
» naires, mais qui ne sont nullement capables de porter
» atteinte à la jurisprudence ci-devant rapportée : que si
» les héritiers plus proches, représentés aujourd'hui par
» l'intimé, se fussent présentés plus tôt, il est hors de
» doute qu'ils pourraient, à bon droit, réclamer avec
» avantage les articles du Code civil qu'ils invoquent;

» Mais que l'inventaire a été fait dans le délai de trois
» mois accordé par la loi; que les quarante jours pour
» délibérer se sont écoulés que d'Ormont qui, comme
» parent, s'était présenté en qualité d'héritier, en a fait
» tous les actes, d'abord en partageant les biens avec
» l'héritier de la ligne paternelle, en acquittant les
» droits de mutation; en jouissant des biens échus à la
» ligne maternelle; en faisant des abatis de bois, en
» vendant aux appelants partie desdits biens; et que
» tout cela *s'est passé publiquement,* sans que les héri-
» tiers plus proches soient venus réclamer l'hérédité,
» et sans même qu'ils eussent manifesté, par quelques
» oppositions ou autres actes, l'intention de se présen-
» ter, de réclamer et de faire valoir leurs droits dans la
» suite;

» Que, de ces faits, il résulte que d'Ormont, qui a pris
» la saisine légale de la succession, est présumé, aux
» yeux de la loi, avoir été le véritable héritier, avoir
» administré pour lui; et disposé comme propriétaire;

» Qu'on ne peut pas dire, dans la circonstance, qu'il
» a vendu la chose d'autrui, parce qu'il a vendu un bien
» dont il se regardait propriétaire, et ceux qui l'ont
» trouvé investi de la qualité d'héritier, *ayant traité avec*
» *lui de bonne foi,* avant aucune revendication ni oppo-
» sition, sont fondés à réclamer, comme *tiers acquéreurs,*
» les biens qui leur ont été cédés;

» Et qu'enfin, il serait déraisonnable de soutenir que,
» dans l'incertitude où il pourrait exister un parent plus
» proche qui se serait abstenu, ou qui aurait négligé ou
» différé de se faire reconnaître pour héritier, l'héritier
» apparent n'aurait pu disposer de tout ou partie de la
» succession qu'après l'expiration des longs délais requis
» pour la prescription.

» De tout quoi, il résulte que les jugements dont est
» appel ont été mal rendus, etc... »

rent *tout* ou partie des biens d'une succession doit être maintenu dans son acquisition *toutes les fois* qu'il est reconnu qu'il l'a faite *de bonne foi*, etc., et que le véritable héritier doit, *au respect de l'acquéreur,* prendre les choses dans l'état où il les trouve.

Ainsi, il résulte de ces arrêts que le tiers *acquéreur qui a de bonne foi acquis des biens de l'hérédité de l'héritier apparent doit être maintenu dans tous les cas.*

C'est cette décision, donnée en forme de maxime, que j'ai trouvée contraire au principe sacré de la propriété, si énergiquement consacré par les articles 2125 et 2182 du Code civil. Ce dernier porte littéralement que « le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue ; »

L'article 2125, que celui qui n'a qu'un droit conditionnel, résoluble, ou sujet à rescision, ne peut transmettre qu'un droit soumis aux mêmes conditions, résolution ou rescision.

Ces principes sont aussi anciens que l'établissement de la propriété permanente. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.* (L. 54, ff. *de reg. jur.*)

J'ai encore pensé que la décision des arrêts critiqués était contraire aux principes du droit romain, à la jurisprudence française antérieure au Code, et même au Code civil.

Je suis plus que jamais convaincu qu'en tous ces points, loin de commettre des erreurs, je n'ai fait qu'énoncer des vérités : si je me trompe, c'est de bonne foi.

Et d'abord, si j'avais pu douter du principe, que la bonne foi des tiers, qui ont acquis de l'héritier apparent, ne suffit pas pour faire maintenir leurs acquisitions, quand la prescription n'est point encore acquise, la savante *Dissertation* de Merlin aurait dissipé tous mes doutes. J'y ai vu, avec une satisfaction infinie, qu'il est sur ce point entièrement de mon avis : c'est même par là qu'il termine sa dissertation. « Au surplus, dit-il (1), il résulte de toute cette » discussion une remarque fort importante, » c'est que le maintien des aliénations faites purement et simplement, à titre onéreux, par » l'héritier putatif, avant l'apparition du véritable héritier, tient à un tout autre principe » que le maintien des actes d'administration » que l'héritier putatif a faits avant la même » époque.

» Les actes d'administration ne sont maintenus qu'*en considération de la bonne foi des* » *tiers,* qui ont traité ou plaidé avec l'héritier » putatif; et ils seraient maintenus quand même » l'héritier putatif n'aurait été qu'un possesseur » de mauvaise foi...

» Mais les actes d'aliénation ne sont maintenus (dans les cas où ils peuvent l'être, suivant » Merlin) qu'*en considération de la bonne foi de* » *l'héritier putatif.* »

Je prends acte ici de ce que, suivant Merlin, ce n'est point la *bonne foi de l'acquéreur* qui peut faire maintenir les ventes faites par l'héritier apparent. C'est précisément ce que j'ai soutenu.

Je me crois donc dès à présent autorisé à conclure, des principes mêmes de Merlin, qu'il est faux que « *celui qui a acquis d'un* » *héritier apparent doive être maintenu dans* » *son acquisition toutes les fois qu'il est re-* » *connu qu'il l'a faite de bonne foi,* » comme l'ont décidé les arrêts dont il entreprend la défense. Je n'ai donc point commis d'erreur en les combattant ; j'ai soutenu une vérité.

Mais est-il vrai que la décision de ces arrêts soit contraire au droit romain, comme je l'ai avancé ? Oui encore, et sur ce point, comme sur le précédent, j'ai également en ma faveur l'imposante autorité de Merlin.

Il convient d'abord (2) que « l'acquéreur » d'une hérédité vendue par l'héritier apparent » pouvait, dans le droit romain, comme il le » peut encore dans nos mœurs, être évincé, » *malgré sa bonne foi et celle de son vendeur,* » par le véritable héritier. »

Il le prouve par le § 4 de la loi 13, ff. *de hæreditatis petitione*, 5, 3. « Ainsi, nul doute, » ajoute-t-il, que, *suivant le droit romain*, » ni la bonne foi de l'héritier putatif, qui » vendait l'hérédité, ni celle de l'*acquéreur,* ne » pouvaient faire obstacle au succès de l'action que le véritable héritier intentait contre » celui-ci. »

Prenons donc pour constant que, suivant le droit romain, *la bonne foi de l'acquéreur* ne suffisait point pour faire maintenir les ventes faites par l'héritier apparent ; que ces ventes n'étaient pas maintenues toutes les fois qu'il était reconnu que les *acquisitions avaient été faites de bonne foi.* Nul doute sur ce point. On doit même remarquer que, suivant le § 4 de la loi 13 citée par Merlin, le concours de la bonne foi de l'héritier putatif vendeur, avec la bonne foi de l'acquéreur, ne suffisait pas pour faire maintenir la vente, *finge bonæ fidei possessorem fuisse* (3). Cette loi n'en décide pas moins que l'acquéreur aussi de bonne foi peut être évincé par le véritable héritier : *dandam utilem actionem.*

Il est vrai que cette loi parle du cas où l'*héré-*

---

(1) *Questions* (édit. Tarlier), p. 39, col. 1.

(2) Edit. Tarlier. t. 8, p. 21.

(3) Voici le texte de la loi :

« Quid, si quis hæreditatem emerit? an utilis in eam petitio hæreditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge non ex are venditorem, vel modico vendidisse, et bonæ fidei possessorem fuisse : an porrigi manus ad emptorem debeat ? Et putat Caius Cassius dandam utilem actionem. » (L. 13, § 4, ff. *de hæredit. petit.*, 5, 3.)

dité a été vendue, c'est-à-dire tous les biens de la succession, *universum jus;* mais sa décision est-elle applicable au cas où l'héritier putatif n'a vendu que des biens particuliers? C'est la question que se fait Merlin. Il demande s'il s'ensuit de là, « comme le soutient Toullier, que » l'action du véritable héritier, en revendica- » tion *de biens particuliers* vendus par l'héri- » tier putatif, fût également admissible dans » tous les cas?

» L'affirmative paraît, au premier abord, *in-* » *contestable,* » répond Merlin. En effet, si l'acquéreur de tous les biens d'une succession peut, malgré sa bonne foi et celle de son vendeur, être évincé par le véritable héritier, on peut en conclure que l'acquéreur de quelques biens particuliers peut également l'être : car, en bonne logique, si l'on ne peut conclure du particulier au général, on peut conclure du général au particulier. Cette conséquence est même, dans notre cas, fondée sur le texte de la loi citée, qui n'accorde l'action utile et universelle de pétition d'hérédité contre l'acquéreur *de l'universalité ou de tous les biens,* qu'afin qu'il ne soit pas vexé par des actions particulières de revendication de chacun des biens : *ne singulis judiciis vexaretur;* d'où l'on peut induire que, cette crainte cessant, le véritable héritier peut former l'action particulière de revendication.

Merlin ne le nie point. « Cependant, dit-il, » consultons la loi 25, ff. *de hæred. petit.,* et » nous verrons qu'il y a une distinction essen- » tielle à faire; que si la conséquence que tire » Toullier d'un cas à l'autre *est vraie,* lorsque, » dans la vente de biens particuliers dépendants » d'une succession, *il n'y a eu de bonne foi que* » *de la part de l'acquéreur,* elle est fausse ou » doit être restreinte singulièrement, lorsque » l'héritier putatif, qui a vendu, se croyait de » bonne foi l'héritier véritable. »

Ainsi, après avoir reconnu et prouvé que, malgré la bonne foi de celui qui a acquis l'universalité des biens de la succession, il peut être évincé par le véritable héritier, Merlin examine si l'acquéreur de biens particuliers peut également l'être. Il distingue. Il reconnaît, notez bien ceci, il reconnaît que s'il n'y a eu de bonne foi que de la part de l'acquéreur, celui-ci peut être, dans tous les cas et sans restriction, évincé par l'héritier véritable, de même que l'acquéreur de l'universalité des biens.

Mais il pense que si l'*héritier putatif,* qui a vendu des biens particuliers, *se croyait de bonne foi héritier véritable,* il est faux de dire que les acquéreurs peuvent être évincés *sans restriction.* Il annonce une distinction fondée sur le § 17 de la loi 25, *de hæred. petit.*

Nous verrons, dans la suite, que, de l'aveu de Merlin, cette distinction est inconciliable avec la loi 13, § 4, du même titre. Bornons-nous, quant à présent, à exposer la distinction, et remarquons, par anticipation, que, de l'aveu encore de Merlin, le § 17 de la loi 25 établit en règle générale que les biens particuliers de l'hérédité vendus par l'héritier putatif peuvent être revendiqués par l'héritier véritable. « Il me pa- » raît d'abord, *en thèse générale,* que la reven- » dication doit être admise; » c'est ainsi que Merlin (1) traduit ce passage d'Ulpien dans la loi citée : *et puto posse res vindicari.*

Ce passage, qui établit la règle générale, est fort clair. Il n'en est pas ainsi de l'exception que Merlin croit trouver à la suite. Elle est obscure et très-contestée, comme nous le verrons bientôt. Admettons-la pour un instant; il en résulterait que, lors même que la bonne foi du vendeur, qui se croyait héritier, concourt avec la bonne foi de l'acquéreur, il n'en est pas moins vrai, suivant le droit romain, *qu'en thèse générale* les biens vendus peuvent être revendiqués par le véritable héritier.

Je puis donc ici conclure, pour la seconde fois, que les deux arrêts dont Merlin entreprend la défense sont contraires au droit romain, puisqu'ils jugent, en point de droit, que celui qui « a acquis d'un héritier apparent doit être » maintenu dans son acquisition, *toutes les fois* » qu'il est reconnu qu'il *l'a faite* de bonne foi. »

Ces arrêts établissent donc une règle générale, diamétralement opposée à celle du droit romain.

Toutes les fois, disent les arrêts, que le tiers acquéreur est de bonne foi, son acquisition doit être maintenue contre le véritable héritier.

En thèse générale, dit le droit romain, les biens acquis de bonne foi par des tiers de l'héritier putatif peuvent être revendiqués par le véritable héritier.

Aussi, pour écarter la critique que j'ai faite de ces arrêts, Merlin s'efforce de les ranger dans le cas de l'exception qu'il annonce, et qu'il faut maintenant examiner; mais, pour la bien entendre, il faut commencer par rappeler quelques principes et quelques subtilités du droit romain sur la pétition d'hérédité.

Un sénatus-consulte, dont Ulpien nous a conservé le texte, dans la loi 20, § 6, ff. *de hæred. petit.,* 5. 3, avait établi ou fixé à Rome les principes relatifs à la pétition d'hérédité. Il voulait, entre autres dispositions, que ceux qui s'étaient mis en possession d'une hérédité, dont ils étaient ensuite évincés, fussent tenus de rendre le prix des biens de la succession qu'ils avaient vendus, lorsqu'ils en avaient reçu le prix, quoique ces biens eussent ensuite péri, en tout ou en partie, avant la pétition d'hérédité : *placere, a quibus hæreditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hæreditate venditarum pervenissent, et si eæ ante petitam hæreditatem deperissent, diminutæve fuissent, restituere debere.* (*Dict. leg.,* § 6.)

Le même sénatus-consulte voulait que l'hé-

(1) Édit. Tarlier, t. 8, p. 13, col. 1.

ritier putatif, qui avait eu de justes motifs de croire que les biens lui appartenaient, ne fût condamné de rendre des biens de l'hérédité, qui n'existaient plus en sa possession, que ceux qui l'avaient enrichi : *eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat quo locupletiores ex ea re facti essent condemnandos esse.* (*Dict. leg.*, § 6.)

Les jurisconsultes romains avaient interprété ce principe d'une manière si subtile, que, loin d'être d'accord entre eux, on trouve dans leurs écrits des textes que les meilleurs interprètes désespèrent de concilier, *desperatæ conciliationis*, dit Huberus.

Du même principe, très-juste en lui-même, quand il est bien entendu, Ulpien avait tiré des conséquences si étendues, que la raison refuse de les admettre. Il demande, par exemple, dans la loi 25, si le possesseur de bonne foi doit, dans tous les cas, rendre le prix des choses qu'il a vendues, lorsque le prix lui est *parvenu;* lorsqu'il l'a reçu, *cum ad eum pervenit*, ou seulement lorsqu'il en a fait un emploi utile, un emploi qui l'a enrichi ; et s'il n'est pas dispensé de le rendre, lorsqu'il en a fait un mauvais emploi ; lorsqu'il l'a consommé, perdu, *dilapidé*, comme il le dit ailleurs : *Utrum omne pretium restituere debebit bonæ fidei possessor, an vero ita demum si factus sit locupletior, videndum. Finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse*, etc.

Ulpien décide que le possesseur de bonne foi doit être dispensé de la restitution du prix qu'il a reçu, malgré la lettre du sénatus-consulte, qui porte que le possesseur doit rendre les prix qui lui sont parvenus.

Car, dit Ulpien, ce mot *pervenisse* est équivoque, *ambiguum est :* doit-on l'entendre du prix qui est d'abord *parvenu* au vendeur, quoiqu'il ne le possède plus, ou du prix qu'il continue de posséder après l'avoir reçu : *id quod durat?* Ulpien se décide pour le second sens, et dispense de la restitution le vendeur qui a perdu, consommé ou donné le prix, après l'avoir reçu.

Voila, certes, une décision bien favorable aux prodigues, aux amis du jeu, du faste et de la dépense (1).

Par une conséquence de cette première décision, Ulpien dit (L. 25, § 1, ff. *de hæred. petit.*) que si, avec le prix des choses vendues, l'héritier putatif en a acheté d'autres, mais à un prix au-dessus de leur valeur, il ne doit rendre que la véritable valeur des choses acquises trop cher, de même que s'il avait consommé le surplus, parce qu'il ne s'est enrichi que de la vraie valeur : *sed si res minoris valet quam comparata est, hactenus locupletior factus videbitur quatenus res valet, quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.* (*Dict. leg.*, § 1.)

Enfin Ulpien pose en principe général, dans le § 11 de la même loi 25, que ceux qui se sont mis de bonne foi en possession de l'hérédité doivent tellement sortir indemnes, lorsqu'ils sont évincés par le véritable héritier, qu'ils ne sont point tenus de rendre tout ce qu'ils ont dépensé des biens de la succession, tout ce qu'ils ont même *dilapidé*, perdu, donné, croyant *abuser* de ce qui leur appartenait : *quemcumque igitur sumptum fecerint ex hæreditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant : non præstabunt, nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur.*

Nous verrons, dans la suite, que la doctrine relâchée et peu raisonnable d'Ulpien n'était pas suivie en France; qu'elle était même réprouvée à Rome par l'empereur Antonin, et par Julien, rédacteur de l'*Édit perpétuel*. Nous ne nous occuperons en ce moment que de la conséquence qu'en tire le même Ulpien, dans le § 17 de la loi 25, dans l'interprétation duquel Merlin a puisé l'exception qu'il propose, en faveur de l'héritier putatif vendeur, au principe général que les biens vendus par celui-ci peuvent être revendiqués par le véritable héritier.

Si l'héritier putatif, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, n'est point tenu de restituer, à celui qui l'évince, le prix des biens qu'il a vendus, lorsqu'il l'a consommé, perdu, dilapidé, en un mot, lorsqu'il ne s'en est point enrichi, le véritable héritier, réintégré dans ses droits, peut-il revendiquer ces biens contre les tiers acquéreurs qui les possèdent? Oui, sans doute, lorsqu'ils ne les ont point encore acquis par la prescription : car ce n'est que par le moyen de la prescription, cette patronne du genre humain, que la sagesse des législateurs anciens et modernes a résolu le grand et difficile problème de concilier les égards dus au titre et à la bonne foi de possesseur actuel, avec le principe sacré de la propriété, qui ne permet pas que le véritable propriétaire puisse perdre son droit sans son propre fait, par le seul fait d'autrui, et qu'un vendeur même de bonne foi transfère plus de droits qu'il n'en a lui-même. S'il n'est pas propriétaire, il ne transfère que le droit de prescrire la propriété par le laps de temps fixé. Ce n'est même pas lui, à proprement parler, qui transfère ce droit; c'est la loi (2).

(1) Disons même bien commode pour la mauvaise foi; car, comment prouver que l'héritier putatif s'est enrichi du prix des biens qu'il s'est hâté de vendre, s'il n'en a fait aucun emploi apparent, s'il le garde en caisse ou en portefeuille? A qui serait-ce de prouver qu'il avait connaissance d'un parent plus proche qui se trouvait absent? etc., etc. On est effrayé du nombre infini de procès qu'occasionnerait la décision d'Ulpien, si elle était suivie.

(2) *Voy.* ce que j'ai dit, t. 2 (IV, éd. fr.), n° 289.

Or, si le véritable héritier peut évincer les tiers acquéreurs des biens qu'ils ont acquis de bonne foi, il est bien évident que l'héritier putatif, leur vendeur, sera obligé de leur rendre le prix qu'ils lui ont payé. Ainsi, le véritable héritier le contraindra *indirectement* à ce qu'il ne pouvait *directement* le forcer de faire. Voilà le point de la difficulté.

Merlin prétend qu'elle est résolue par Ulpien (1), au moyen de la distinction suivante : « ou les acquéreurs, s'ils étaient évincés, auraient un recours en garantie contre leur » vendeur (2), ou ils n'en auraient aucun (3). » Au premier cas, point de revendication de la » part du véritable héritier; mais, au second, » la revendication est admise sans difficulté. »

Et puto, dit Ulpien, *posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.*

Voici comment Merlin traduit cette réponse : « Il me paraît, dit d'abord Ulpien, *en thèse* » *générale*, que la revendication doit être ad» mise, à moins que les acquéreurs n'aient un » recours en garantie contre le possesseur de » bonne foi. »

Et pourquoi cette exception dans le cas où les acquéreurs auraient un recours en garantie contre leur vendeur? Parce qu'alors celui-ci se trouverait indirectement obligé de rendre le prix des ventes, dont, suivant Ulpien, il ne doit aucun compte.

« On conçoit, dit Merlin, que les tiers acqué» reurs peuvent dire à l'héritier revendiquant : » Le prix des biens que vous réclamez, n'exis» tant plus (4), il ne peut, de vous à notre ven» deur, faire la matière d'une action en pétition » d'hérédité. Notre vendeur ne vous doit rien, » à cet égard, parce qu'il ne possède plus rien, » et qu'il ne lui reste plus rien de ce qu'il a » cessé de posséder. Comment donc pourriez» vous être recevable à nous évincer? L'éviction » à laquelle vous concluez retomberait, par ses » suites, sur notre vendeur, puisqu'il en naî» trait pour nous un recours contre lui; qu'il » serait forcé de nous indemniser de ses propres » deniers, et que, par là, il se trouverait en » perte, tandis qu'à raison de sa bonne foi, il » est absolument quitte envers nous, en vous » remettant ce qui lui reste de l'hérédité, lors» qu'il lui en reste quelque chose, sans que ja» mais son *propre patrimoine puisse être entamé* » *de ce chef, en aucun cas.* »

Avant d'examiner si l'exception proposée par Merlin est fondée en droit romain, et si elle est admise en droit français, je dois remarquer que c'est une question entièrement différente de celle que j'avais traitée; une question qui suppose même que j'avais raison de soutenir que la bonne foi des acquéreurs ne peut empêcher de revendiquer contre eux les biens de l'hérédité qu'ils ont acquis de l'héritier putatif. Merlin convient que ces acquéreurs peuvent être évincés, *en thèse générale;* mais il soutient que, par exception (5), ils ne peuvent pas l'être, lorsque l'héritier putatif vendeur s'étant mis de bonne foi en possession de l'hérédité, ils ont un recours en garantie contre lui.

Il faut l'avouer avec sincérité, je n'avais pas senti la force de l'objection qu'on peut tirer de la bonne foi du vendeur, dans les principes du droit romain; je n'avais pas soupçonné que la bonne foi du vendeur, qui a dissipé, perdu le prix des biens qu'il a vendus, et la crainte de l'exposer à un recours en garantie, fussent un motif plus fort pour faire maintenir la vente, que la bonne foi du tiers acquéreur, qui a ignoré, et qui, peut-être, était dans l'impossibilité de découvrir que le vendeur n'était pas propriétaire. Ma raison se refuse encore à le croire.

J'avoue aussi que le § 17 de la loi 25, ff. *de hæred. petit.*, dont le texte, de l'aveu de Merlin et des meilleurs interprètes, est obscur et difficile, pour ne rien dire de plus, m'était complétement échappé.

Mais rien n'échappe au profond savoir de Merlin; il éclaire lors même qu'on n'est pas de son avis. Voici le paragraphe sur lequel il fonde l'exception qu'il propose. C'est Ulpien qui parle :

Item, si rem distraxerit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur; quod præjudicium hæreditati non fiat inter emptorem, et eum qui venumdedit. Quia non videtur venire in petitione hæreditatis pretium earum, quanquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent, etc.

L'obscurité de ce texte vient de ce passage difficile à entendre, *quod præjudicium hæreditati non fiat inter emptorem et eum qui venumdedit.*

(1) Dans la loi 25, § 17, ff. *de hæredit. petit.*, 5, 3.

(2) Ce qui est le cas ordinaire, la règle générale, presque sans exception.

(3) Ce qui est un cas très-rare, et si rare, que le savant Godefroi le regardait comme impossible.

« Atque is casus, dit-il sur cette loi, atque is casus, » pene intelligi, aut certe nunquam accidere potest; » dum perpetuo sit iniquum emptori in venditorem re» gressum negari, etc. »

C'est une des raisons qui faisaient penser au président Fabre, comme nous le verrons bientôt, que le texte d'Ulpien est dépravé, et qu'il faut lire *etsi* au lieu de *nisi.*

Etsi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.

(4) Comment pourraient-ils le savoir?

(5) *Ex persona venditoris.*

Elle vient encore de la difficulté avouée et reconnue par Merlin même, de concilier cet autre passage : *nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent*, avec Ulpien lui-même. Merlin emploie toutes les ressources de l'érudition et de la dialectique pour dissiper l'obscurité du premier passage, et pour en fixer le véritable sens. Je crois inutile de le suivre dans ses profondes recherches ; je passerai également sous silence une savante digression dont l'objet est de prouver que l'exception : *quod præjudicium non fiat hæreditati*, n'est point abrogée par la loi dernière, au titre *de hæreditatis petitione*. Le droit romain n'étant plus pour nous une loi vivante, j'évite, quand je le peux, de m'occuper des doctes discussions de nos grands jurisconsultes, pour concilier deux textes opposés, ou qui paraissent tels. Je m'attache simplement à celui qui me semble s'accorder le mieux avec la raison et avec notre jurisprudence française.

J'admets, avec Merlin, la règle de Descartes, qu'il ne faut pas nier ce qui est clair, parce qu'il est suivi de quelques obscurités : *non sunt neganda clara propter quædam obscura ;* par exemple, il n'y a nulle obscurité dans la règle générale proposée par Ulpien, *puto res vindicari posse ;* je pense que la revendication peut être admise. Cela est clair et ne présente aucune obscurité. Ce n'est qu'une conséquence du principe que le propriétaire peut revendiquer son bien, en quelques mains qu'il le trouve, lorsque le possesseur ne l'a point encore prescrit.

Mais le passage qui suit, présenté en forme d'exception, n'est pas clair, parce qu'on ne voit aucune raison plausible d'une exception, qui est contraire aux principes ; et parce que, comme nous le verrons bientôt, cette exception ne peut se concilier raisonnablement avec un autre texte d'Ulpien ; et qu'enfin, il serait dur de croire que ce grand jurisconsulte est en contradiction avec lui-même. Il ne faut donc pas admettre cette obscure distinction, qui présente tant de difficultés, et que la raison repousse, uniquement parce que la règle qui la précède est claire; car si Descartes a dit qu'il ne faut pas nier ce qui est clair, à cause de ce qui est obscur, il s'est bien gardé de dire qu'il faut admettre ce qui est obscur, à cause de ce qui est clair. Il faut en revenir aux premières lois de sa méthode, admettre ce qui est clair, et renvoyer ce qui est obscur à un nouvel examen (1), pour n'admettre en dernier résultat que ce qui est tellement clair, tellement conforme à la raison, que nous ne puissions plus le révoquer en doute. Je renvoie donc à un nouvel examen l'exception proposée par Merlin, et sur laquelle mon opinion n'est point encore fixée. En attendant, je consens à l'admettre un moment, et je veux bien lui accorder qu'en droit romain, les tiers de bonne foi, qui ont acquis des biens de l'héritier apparent, lequel en a dissipé le prix sans s'enrichir, ne peuvent être évincés par le véritable héritier; et qu'ils peuvent lui opposer pour *exception* que leur éviction retomberait sur l'héritier apparent, leur vendeur, parce qu'il serait obligé de leur rendre le prix qu'il a reçu d'eux, quoique le véritable héritier ne puisse, après l'avoir évincé, lui demander le prix qu'il a consommé, et qui ne l'a point enrichi.

Cette concession faite, je demande d'abord quelle conséquence peut en tirer Merlin, en faveur des deux arrêts dont il entreprend la défense. L'arrêt de la cour de Caen du 21 février 1814, confirmé par la cour de cassation, le 5 août 1815, a jugé que la vente faite par l'héritier putatif doit être maintenue « *toutes* » *les fois* qu'il est reconnu que le tiers acqué» reur a fait *son acquisition de bonne foi*, parce » qu'en pareil cas le nouvel héritier a dû s'im» puter la faute de ne s'être pas présenté plus tôt; » raison qui a fait penser qu'il devait, *au respect* » *de l'acquéreur*, prendre les choses dans l'état » où il les trouvait. »

Tels sont les motifs que la cour de Caen donne de sa décision, dans les considérants de son arrêt. Or il est désormais bien reconnu entre nous, il est prouvé par les lois que cite Merlin, que la bonne foi des acquéreurs ne suffit pas pour écarter l'action du véritable héritier, qui revendique les biens vendus par l'héritier putatif; et si cette action peut, en certains cas, être repoussée par exception, Merlin prétend que ce n'est qu'en considération du vendeur, *ex persona venditoris;* ce n'est qu'au respect de l'héritier putatif, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, et pour ne pas l'exposer à un recours en garantie de la part des acquéreurs auxquels il serait obligé de rendre le prix qu'il a consommé, et qui ne l'a point enrichi.

Je conclus donc, pour la dernière fois, avec une pleine et entière conviction, que les motifs sur lesquels sont rendus les arrêts critiqués violent le principe sacré de la propriété, et qu'ils sont contraires aux principes du droit romain.

Aussi, Merlin abandonne ces motifs, et ne trouve d'autre moyen de défendre ces arrêts au fond qu'en essayant avec adresse de changer l'état de la question. Il prétend que, dans l'espèce, le sieur d'Ormont, vendeur, avait possédé de bonne foi l'hérédité du sieur Famesson ; il était, dit-il, reconnu par le sieur de Prepetil lui-même, que le sieur d'Ormont avait été de bonne foi lorsqu'il avait aliéné.

J'ignore si le sieur d'Ormont était en effet de bonne foi, et lorsqu'il se mit en possession de l'hérédité du sieur Famesson, et lorsque, trente

(1) *Seponatur tanquam materia rerum tractanda.*

mois après l'ouverture de la succession, il vendit des biens qui en dépendaient. Je sais seulement que ce ne fut point sur la bonne foi de leur vendeur que les sieurs Ribard et Louvet, acquéreurs, fondèrent leur défense; mais sur leur propre bonne foi : « Ils repoussèrent la demande, » dit l'arrêtiste dans le Recueil duquel j'ai, ainsi que Merlin, pris l'espèce et les détails de l'arrêt de la cour de Caen, « ils » repoussèrent la demande sur le fondement » qu'ils avaient *acquis de bonne foi* d'un indi- » vidu qui passait pour le véritable héritier, » et qui possédait *publiquement* en cette qua- » lité;

» Et que, de tous les temps, les actes faits avec » l'héritier apparent avaient été reconnus irré- » vocables, dans *l'intérêt des tiers,* soit par la » loi, soit par la jurisprudence. »

Ce ne fut donc que sur leur bonne foi, démontrée par la publicité de la possession du sieur d'Ormont, et non pas sur la bonne foi de celui-ci, qu'ils n'alléguèrent même pas, que les acquéreurs fondèrent leur défense.

Je sais encore que ce ne fut point sur le motif de la bonne foi du sieur d'Ormont, vendeur, que les juges de Caen fondèrent leur décision, mais sur celle des acquéreurs, comme on le voit dans les considérants de l'arrêt. La seule question qu'ils avaient à juger, et qu'ils jugèrent en effet, était donc de savoir si les ventes faites par l'héritier apparent doivent être maintenues en considération de la bonne foi des acquéreurs; autrement, si la bonne foi des acquéreurs est suffisante pour faire maintenir les ventes faites par l'héritier apparent, et pour repousser la revendication du véritable héritier.

Or Merlin soutient, sans balancer, la négative; il ajoute même de nouvelles autorités à celles que j'avais invoquées pour le prouver, et c'est avec raison : parce qu'en effet, la loi sacrée de la propriété ne met les acquéreurs à l'abri de la revendication, malgré leur titre et leur bonne foi, qu'après le temps de la prescription écoulé.

Les arrêts en question, uniquement fondés sur la bonne foi et l'intérêt des acquéreurs, sont donc mal rendus. La démonstration est désormais telle qu'il me paraît impossible d'en douter.

Allons plus loin : supposons qu'il y eût au procès des traces de la bonne foi du sieur d'Ormont, vendeur, ce qui était fort difficile, puisqu'il n'était même pas en cause. Cela même n'eût point suffi pour mettre les défendeurs dans le cas d'invoquer l'exception proposée par Ulpien, encore moins pour autoriser les juges à l'admettre d'office.

Ulpien exige deux choses pour faire admettre cette exception: 1° la bonne foi de l'héritier putatif, vendeur; 2° qu'il ne se soit pas enrichi du prix de la vente: *ut non factus sit locupletior.*

Ainsi deux faits à prouver : 1° la bonne foi du sieur d'Ormont; 2° qu'il ne s'était point enrichi du prix de la vente, ou qu'il n'en avait pas fait un bon emploi. Ces deux faits auraient dû être discutés, prouvés, et l'on ne voit même pas qu'ils aient été allégués.

Ajoutez que les juges ne pouvaient suppléer d'office l'exception, qui eût pu, dans le système de Merlin, résulter de la preuve de ces deux faits. C'est un point de droit trop connu pour m'arrêter longuement à le prouver. Il est établi par la loi unique au Code, *ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat*, 2, 11, de laquelle il résulte que le juge doit suppléer d'office les moyens *de droit* omis par l'avocat ou la partie, mais non pas les moyens *de fait* (1).

Mais enfin, supposons que les acquéreurs eussent fondé leur défense sur l'exception proposée par Ulpien; supposons que Ribard et Louvet eussent employé le genre de défense indiqué par Merlin (2), et qu'ils eussent dit à de Prepetit : « Le prix des biens que vous récla- » mez n'existe plus : le sieur d'Ormont, notre » vendeur, l'a consommé. Ce prix ne peut donc, » de vous à votre vendeur, faire la matière » d'une action; vous ne pouvez le lui demander, » il ne vous doit rien à cet égard, parce qu'il » ne possède plus rien, et qu'il ne s'est pas » enrichi de ce qu'il a cessé de posséder; com- » ment donc pourriez-vous être recevable à » nous évincer? L'éviction à laquelle vous con- » cluez retomberait par ses suites sur notre » vendeur, puisqu'il en naîtrait pour nous un » recours contre lui. Il serait forcé de nous » indemniser de ses propres deniers, et par là » il se trouverait en perte, tandis qu'à raison » de sa bonne foi, il est absolument quitte » envers vous, en vous remettant ce qui lui » reste de l'hérédité, s'il lui en reste quelque » chose, sans que jamais *son propre patrimoine* » *puisse être entamé de ce chef, en aucune ma-* » *nière.* »

Les juges auraient-ils dû, auraient-ils pu admettre une pareille exception sur la foi d'un passage obscur d'Ulpien, contraire à d'autres textes fort clairs, fort raisonnables; d'un pas-

(1) Voici ce que dit, à cet égard, un auteur très-recommandable et très-estimé de Merlin, Voet, *in Pandectas,* lib. 5, tit. 1, n° 49 : « Nec exceptionum non » oppositarum ratio haberi debet in sententiis ferendis... » judicem ea quæ facti sunt supplere non posse, si a » partibus non allegentur..., ne alioquin supplendo ea » quæ dubii facti sunt non tam judicis quam advocati » partibus videatur fungi, et patrociniari potius quam » judicare. »

Voy. aussi les auteurs cités par Voet; Ferrière, *Jurisprudence du Code;* Boehmer, *Jus ecclesiasticum protestantium,* lib. 1, tit. 32, etc.

(2) Édit. Tarlier, t. 8, p. 15.

sage enfin qu'on ne peut pas, même de l'aveu de Merlin, raisonnablement concilier avec un autre passage du même Ulpien?

Il dit en effet, dans la loi 13, § 4, ff. *de hæred. petit.*, que, « dans le cas où le possesseur de » l'hérédité a été de bonne foi, l'acquéreur de » tous les biens, ou de l'hérédité elle-même, » vendue par le possesseur, peut être évincé » par le véritable héritier, soit que celui-ci l'ac- » tionne en revendication, soit qu'il intente » contre lui une pétition *utile* ou indirecte » d'hérédité. »

Le sens de ce paragraphe est clair : aucun interprète ne l'a trouvé obscur, non plus que Merlin, dont je viens de copier les expressions (1).

Cependant, l'obscur § 17 de la loi 25 du même titre, qui est aussi d'Ulpien, semble dire que les acquéreurs d'un bien dépendant de la succession ne peuvent pas être évincés, s'ils ont un recours contre l'héritier putatif, vendeur de bonne foi. Ainsi, suivant Ulpien, l'acquéreur de tous les biens de l'hérédité, ou de l'hérédité même, peut en être évincé par le véritable héritier, nonobstant le recours de l'acquéreur contre l'héritier putatif, et l'acquéreur de quelque bien de l'hérédité ne pourrait pas l'être, s'il a un recours contre l'héritier putatif, recours qu'il a presque dans tous les cas. Quel contraste! quelle contradiction!

Ce qui la rend plus frappante encore, c'est que, comme le remarque Merlin, « l'une et » l'autre loi sont également tirées des écrits » d'Ulpien : il y a plus, c'est qu'elles sont toutes » deux tirées du même ouvrage de ce juriscon- » sulte, du livre 15 de son commentaire *ad* » *Edictum*.

Comment concilier une contradiction si choquante? « Prétendrait-on, dit Merlin, qu'Ulpien s'est contredit lui-même? Cette assertion, » ajoute-t-il, offrirait, au premier abord, quel- » que chose de *spécieux*. Car il paraît difficile » d'expliquer pourquoi la règle, qui veut que » le possesseur de bonne foi de l'hérédité ne » puisse pas être tenu envers le véritable héri- » tier, qui l'évince, au delà de ce *in quantum* » *locupletior factus est*, ne le met pas à l'abri » du recours en garantie de l'acquéreur, à qui » il a vendu l'hérédité elle-même; comme elle » le met à l'abri du recours en garantie de l'ac- » quéreur, à qui il n'a vendu que des biens sin- » guliers; et pourquoi, en conséquence, le pre- » mier ne peut pas tirer de cette règle, du chef » de son vendeur, *ex persona venditoris*, la » même exception qu'elle fournit au second, » contre la revendication du véritable héri- » tier. »

En effet, il est non-seulement difficile, mais impossible de trouver un motif raisonnable de différence entre l'un et l'autre cas, et cette *impossibilité*, je la tire de l'impuissance où se trouve Merlin lui-même d'en donner une plausible. On peut, certes, regarder comme inconciliables, *desperatæ conciliationis*, deux textes qu'un jurisconsulte aussi profond, et en même temps aussi subtil, avoue ne pouvoir concilier. Il en est réduit à dire que nous pourrions trouver le moyen de concilier Ulpien avec lui-même, si le temps nous eût conservé en entier l'ouvrage de ce jurisconsulte.

« Quelque étrange, dit Merlin, quelque étrange » que puisse paraître ce contraste, *nous en trou-* » *verions sûrement la clef dans l'ouvrage même* » *d'Ulpien, s'il avait été conservé en entier*, et » si les compilateurs des *Pandectes* ne s'étaient » pas bornés à en copier des décisions déta- » chées, sans y ajouter toutes les explications » dont il les avait appuyées. »

Je suis parfaitement de l'avis de Merlin. Si quelque heureux hasard nous faisait découvrir, dans les ruines d'Herculanum, ou ailleurs, l'ouvrage entier d'Ulpien sur l'édit perpétuel, nous n'y trouverions point cette choquante contradiction qu'on aperçoit entre le § 4 de la loi 13, et le § 17 de la loi 25, ff. *de hæred. petit.* Mais en attendant cette découverte, ceux qui veulent absolument concilier ce qui paraît inconciliable sont, comme Merlin, réduits *à hasarder*.

Le président Fabre, dont les connaissances étaient si étendues et l'esprit si subtil, ne pouvant imaginer un moyen raisonnable d'expliquer pourquoi l'acquéreur de tous les biens peut toujours être évincé par le véritable héritier, malgré la bonne foi de l'héritier putatif vendeur, tandis que les acquéreurs de quelques biens particuliers ne peuvent l'être, parce que leur éviction leur donnerait un recours contre leur vendeur, conjecture, dans ses *Rationalia*, que le texte obscur du § 17 de la loi 25, ff. *de hæred. petit.*, est altéré ou dépravé, ce qui n'aurait rien d'étonnant. Ce n'est pas le seul exemple d'altérations reconnues dans le texte des *Pandectes*. Il hasarde donc de corriger le texte du paragraphe cité, et propose de lire : *et puto posse res vindicari, etsi* (au lieu de *nisi*) *emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.*

Cette conjecture ingénieuse que l'auteur appuie des raisonnements les plus plausibles, et que favorise la construction de la phrase (2); cette correction aplanit toutes les difficultés, dissipe les obscurités, et concilie non-seulement Ulpien avec lui-même, mais encore avec Julien et avec l'empereur Antonin, comme nous le verrons bientôt. Cependant, je ne l'adopte

(1) Edit. Tarlier, t. 8, p. 17.

(2) En effet, la conjonction *nisi* gouverne toujours le subjonctif; *nisi habent* est donc un solécisme, tandis qu'*etsi* gouverne beaucoup mieux l'indicatif; *etsi vereor judices*, dit Cicéron.

point, parce qu'elle n'est fondée sur aucun manuscrit.

Mais elle est si vraisemblable, que je ne puis me résoudre à la rejeter. Je suis la règle de Descartes, comme le veut Merlin, je reste dans le doute ; car rien ne m'oblige à me décider.

Merlin rejette la correction hasardée par le président Fabre, parce que, s'il l'admettait, il lui faudrait abandonner les deux arrêts dont il a entrepris la défense. Il hasarde donc un autre moyen de concilier Ulpien avec lui même.

« Je ne crois pas trop *hasarder*, dit-il, en disant que l'interprétation, dont Ulpien lui-même convenait qu'avait besoin le sénatus-consulte qu'il commentait, notamment, en ce qu'il déclarait le possesseur de bonne foi quitte envers le véritable héritier, en lui rendant ce qui lui était avenu de la succession, etc.,. Ce jurisconsulte a cru pouvoir user de la latitude que lui laissait le vague de quelques-unes des expressions de cette loi, pour établir, d'après la différence qu'il y a entre les ménagements dus au possesseur de bonne foi, qui a vendu l'hérédité entière, et ceux que peut réclamer le possesseur de bonne foi qui n'a vendu que des biens particuliers, celle que nous offrent les lois 13 et 25 du titre *hæreditatis petitione*, entre le résultat de la vente universelle, faite par l'un, et le résultat des aliénations particulières faites par l'autre.

» En effet, quelque favorable que puisse être, à raison de la bonne foi, le possesseur de l'hérédite qui l'a vendue, on ne peut se dissimuler qu'il n'est pas, *à beaucoup près, exempt de reproches;* car, en vendant l'hérédité, il a mis un étranger *dans la confidence de ce qui s'y trouvait de plus secret;* et, par là, il a trahi, en quelque sorte, la confiance dont il croyait de bonne foi que le défunt l'avait honoré, soit en l'instituant héritier par un testament défectueux, dont le vice a été, pendant quelque temps, couvert par le silence de l'héritier *ab intestat,* soit en n'instituant pas *à son préjudice un autre héritier que lui.* Il ne serait donc pas étonnant qu'à son égard, Ulpien donnât une interprétation plus stricte qu'il ne le fait à l'égard du possesseur de bonne foi, qui n'a vendu que des effets singuliers de la succession ; qu'il ne fit pas, en faveur du premier, dériver du principe qu'il ne peut être tenu au delà de ce dont il s'est enrichi, une conséquence aussi large que celle qu'il en tire en faveur du second ; et qu'il ne crut pas devoir aller pour l'un, comme il le fait pour l'autre, jusqu'à le mettre à l'abri d'un recours en garantie de la part de son acquéreur, et par suite, jusqu'à mettre, de son chef, son acquéreur à l'abri de l'éviction. »

Je ne cesserai de le répéter, il faut désespérer de pouvoir concilier deux lois, quand un jurisconsulte aussi savant que Merlin ne peut imaginer que des moyens de conciliation d'une aussi évidente faiblesse. C'est dans l'intérêt d'un mort qu'il va les chercher. L'héritier putatif, qui vend l'hérédité, trahit, suivant lui, la confiance dont le défunt l'avait honoré, ou plutôt la confiance dont il croyait que le défunt l'avait honoré ; et pour l'en punir, il rendra, *malgré sa bonne foi,* au véritable héritier, le prix de l'hérédité vendue, quoiqu'il l'ait perdu ou dissipé sans s'enrichir.

J'avais à l'île de Bourbon un cousin issu de germain, dont je n'étais pas connu : il décède *ab intestat,* avant d'avoir atteint l'âge de tester. Ignorant qu'il existe un parent plus proche, et ne pouvant aller moi-même recueillir et liquider sa succession, je vends mes droits successifs à un ami de la famille, et j'en dissipe le prix sans en faire aucun emploi utile. Le parent plus proche, dont j'ignorais l'existence, se présente et m'évince. Je suis obligé, malgré ma bonne foi, de lui rendre le prix que j'ai dissipé, croyant n'abuser que de mon bien.

Il pourra même, s'il le préfère, évincer l'acquéreur de l'hérédité. Pourquoi cela ? Parce que j'ai abusé de la confiance qu'avait en moi un enfant que je ne connaissais pas, et qui n'était pas en âge de tester.

Au contraire, je vivais dans l'intimité avec un parent, dans une maison de plaisance, qui faisait ses délices, et qu'il ne cessait d'embellir, dans l'espérance que je l'occuperais après sa mort. Il me croyait son seul héritier. Un parent plus proche, qui m'aurait exclu, était mort dans la malheureuse campagne de Moscou ; on le croyait du moins. Mon parent crut donc inutile de faire un testament. Après son décès, je me mets en possession de l'hérédité. Je vends cette maison qui lui fut si chère, j'en dissipe le prix en folles profusions. Le parent qu'on avait cru mort revient, m'évince, et revendique cette maison, objet des complaisances du défunt. L'acquéreur lui oppose l'exception imaginée, dit-on, par Ulpien. Il allègue et prouve que j'en ai dissipé le prix, sans m'enrichir, et que je m'étais mis de bonne foi en possession de l'hérédité. La revendication sera rejetée, suivant Merlin, parce qu'elle ouvrirait un recours en garantie contre moi, et que n'ayant point abusé de la confiance du défunt, je ne dois point rendre un prix que j'ai consommé sans m'enrichir.

Mais en quoi, dans le premier cas, ai-je trahi la confiance dont m'avait honoré le défunt ? C'est que j'ai mis *un étranger dans la confidence de ce qu'il y avait de plus secret dans l'hérédité.*

> Eh ! qu'importe au défunt descendu dans la tombe?
> *Scilicet hæc manes credis curare sepultos ?*

Merlin a senti, le premier, l'insuffisance de ce

moyen *hasardé* pour concilier Ulpien avec lui-même. Il finit par supposer les deux textes d'Ulpien inconciliables. « Au surplus, dit-il, « veut-on que le § 4 de la loi 13, et le § 17 de » la loi 25, soient absolument inconciliables, » et qu'aucune raison plausible ne puisse ex- » pliquer la différence qu'ils établissent respec- » tivement entre la vente de l'hérédité entière » et la vente de biens singuliers? Nous dirons, » continue Merlin, qu'il faut s'en tenir, pour » l'une comme pour l'autre vente, à celle de » ces deux décisions qui se concilie le mieux » avec le texte et l'esprit du sénatus-con- » sulte. »

J'aurais cru qu'il fallait s'en tenir à celle qui est le plus conforme à la raison, à celle qui se concilie le mieux avec les principes de notre droit français, et non pas avec un sénatus-consulte qui n'a plus chez nous aucune force de loi. Merlin préfère de s'en tenir au texte et à l'esprit du sénatus-consulte. « Or, ajoute-t-il, le » texte du sénatus-consulte *est clair* (pas trop, » puisque Ulpien lui-même le trouvait obscur, » *ambiguum*). L'héritier putatif, qui a possédé » de bonne foi, ne doit pas plus perdre qu'il » ne doit gagner : *eos autem, qui justas causas* » *habuissent quare bona ad se pertinere existi-* » *massent, usque eo duntaxat quo locupletiores* » *ex ea re facti essent*, et ce serait aller mani- » festement contre l'esprit de ce texte que de » laisser le possesseur de bonne foi exposé, » après son éviction prononcée, à la poursuite » du véritable héritier, au recours en garantie » que les tiers à qui il a vendu seraient en droit » d'exercer contre lui, si le véritable héritier » pouvait les évincer eux-mêmes. »

Ainsi, Merlin, s'attachant à celle des deux décisions d'Ulpien qui lui paraît se concilier le mieux avec l'esprit du sénatus-consulte, finit par ne plus faire de distinction entre la vente de l'hérédité entière et la vente des biens singuliers, et veut que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'héritier putatif, vendeur de bonne foi, ne puisse être obligé directement ni indirectement de rendre le prix des ventes qu'il a consommé ou dissipé sans s'enrichir.

Je pense, au contraire, que, du moment où l'héritier putatif a reçu le prix des ventes qui lui a été compté par les acquéreurs, il s'est, par cela seul, enrichi, *locupletior factus est*, et qu'on ne doit pas rechercher l'emploi bon ou mauvais qu'il en a fait, *nihil amplius quærendum est*. Ce n'est pas ma raison seule qui me le dit. J'ai pour garants de mon opinion des autorités irrécusables, le sage empereur Antonin, le jurisconsulte Julien, rédacteur de l'édit perpétuel. Voici comme ce dernier s'explique dans la loi 18, ff. *quod metus causa*, 4, 2.

Si ipsa res, quæ ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem dicemus. Sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quærendum est, quis exitus sit, sed omni modo locuples factus videtur, licet postea deperdat. Nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hæreditariarum rescripsit, ob id ipsum peti ab eo hæreditatem posse. Quia licet res, quæ in hæreditate fuerant, apud eum non sint : tamen pretium earum quo locupletem eum vels æpius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

Revenons maintenant à Merlin. Il veut qu'on s'en tienne à l'esprit du sénatus-consulte qui porte que l'héritier putatif de bonne foi n'est tenu de rendre que le *in quantum locupletior factus est*. Soit.

Mais quand l'héritier putatif est-il censé s'être enrichi ?

C'est, répondent Julien et l'empereur Antonin, qnand il a reçu le prix ou l'argent de la chose vendue, *rei in pecuniam conversæ*. On ne doit point rechercher l'emploi qu'il en a fait, *nihil amplius quærendum est quis exitus sit*. Quand même il le perdrait, *licet postea deperdat*, il n'en est pas moins censé enrichi, *omni modo factus locuples videtur*.

Cela est clair ; cela est raisonnable.

Mais faisons une concession à Merlin. Supposons qu'il reste du doute, et qu'on puisse encore balancer entre le sage Antonin et le rédacteur de l'édit perpétuel, d'un côté; et de l'autre, Ulpien, qui a commenté cet édit, et qu'on ne peut concilier avec lui-même. Les juges de Caen, si la question leur avait été présentée sous l'empire du Code, auraient-ils pu se décider pour l'obscur paragraphe d'Ulpien ?

Non ; certainement non. Je parle, contre mon ordinaire, avec pleine assurance : car j'ai encore ici pour moi deux garants, deux autorités irrécusables; le célèbre Pothier, qui a eu l'honneur d'être le guide principal des rédacteurs du Code, et le texte même du Code. C'est la décision raisonnable d'Antonin et d'Ulpien, qui est depuis longtemps adoptée et naturalisée en France. Pothier, dans son *Traité de la propriété*, n° 429, après avoir rapporté les subtiles maximes du droit romain sur la pétition d'hérédité, nous dit qu'elles pouvaient paraître équitables en théorie.

« Mais, ajoute-t-il, il est très-difficile d'en » faire l'application dans la pratique, n'étant » guère possible de connaître si le possesseur de » bonne foi, qui a reçu des sommes d'argent » des débiteurs de la succession, et du prix de » la vente des effets de cette succession, et qui » les a employées, s'en trouve plus riche au » moment de la demande en pétition d'hérédité. » Il faudrait, pour cela, entrer dans le secret des » affaires des particuliers, ce qui ne doit pas » être permis. Il a fallu, dans notre pratique » française, s'attacher à une règle sur cette ma- » tière, qui est que, personne ne devant être » présumé dissiper ce qui fait le fonds d'un bien » qu'il croit lui appartenir, le possesseur des » biens d'une succession est censé avoir profité

» de tout ce qui lui est parvenu des biens de » cette succession, et qui en compose le fonds » mobilier, et en profiter encore au temps de la » pétition d'hérédité, à moins qu'il ne fasse ap- » paroir du contraire.

» C'est pourquoi, lorsque le possesseur de » bonne foi a été condamné de rendre les biens » de la succession au demandeur, il doit lui don- » ner compte de toutes les sommes qu'il a reçues, » soit des débiteurs de la succession, soit du » prix de la vente des effets de ladite succession, » et généralement de tout ce qui lui est par- » venu (1). »

Ce n'est, dans notre droit français, qu'à l'égard des fruits que l'héritier putatif de bonne foi est censé ne s'en être point enrichi; car, dit fort bien Pothier, nº 430: « Si un père de famille » est présumé conserver ses fonds, il est, au » contraire, présumé dépenser ses revenus. Le » possesseur de bonne foi, regardant comme ses » revenus les fruits qu'il perçoit des biens d'une » succession qu'il croyait lui appartenir, il » semble qu'on devrait présumer qu'il les a dé- » pensés, soit en vivant plus largement, soit en » aumônes; et qu'il n'est pas enrichi, tant qu'on » ne justifie pas le contraire; et qu'il devrait, » en conséquence, être déchargé de compter » des fruits.

» Il faut néanmoins convenir que notre pra- » tique française est contraire, et qu'on exige, » de celui qui s'est mis en possession d'une suc- » cession, de compter des fruits à l'héritier qui » l'a évincé. »

Remarquons bien ceci. On était, dans l'ancienne jurisprudence française, tellement éloigné de dispenser l'héritier putatif de rendre au véritable héritier, qui l'avait évincé, les capitaux mobiliers et le prix des biens qu'il avait vendus, qu'on ne le dispensait même pas de rendre compte des revenus.

L'art. 138 du Code civil est, en ce point, moins rigoureux que l'ancienne jurisprudence française. Il fait gagner à l'héritier putatif les fruits qu'il a perçus de bonne foi; il porte : « Tant que » l'absent (c'est-à-dire celui qui ne se présente » pas, celui qui n'est pas présent à l'ouverture » de la succession), tant que l'absent ne se re- » présentera pas, ou que les actions ne seront » pas exercées de son chef, ceux qui auront re- » cueilli la succession gagneront les fruits *par* » *eux perçus de bonne foi.* » Ce qui est conforme à la disposition de l'art. 549.

Ce ne sont donc que les *fruits* perçus de bonne foi, et non pas les *capitaux* dissipés, et non pas *le prix des ventes* consommé même de bonne foi, que l'art. 138 fait *gagner* à ceux qui ont recueilli la succession.

L'art. 137 réserve au véritable héritier qui n'était pas présent, *la pétition d'hérédité.* L'article 138 n'en exclut que les fruits *perçus* de bonne foi. L'héritier putatif les *gagne*, parce qu'un bon père de famille est présumé dépenser ses revenus, comme dit Pothier, soit en vivant plus largement, soit en bonnes œuvres.

Mais, quant aux capitaux et au prix des biens vendus qu'un bon père de famille doit et est toujours présumé conserver, il doit les rendre, il doit en tenir compte au véritable héritier. Ils restent compris dans la pétition d'hérédité, puisqu'ils n'en sont point exceptés; il doit donc en tenir compte: cela est évident, c'est une conséquence directe et nécessaire de l'art. 138 du Code civil.

La religion et la morale applaudissent également à une disposition aussi sage. Un père de famille, religieux et moral, qui se croit légalement appelé à une succession de 20,000 francs de rente, augmente ses dépenses en raison de ses revenus, *latius vivit.* Il fait participer tout ce qui l'entoure à son aisance inattendue, les pauvres infirmes par ses aumônes, les artisans en leur donnant de l'ouvrage; il encourage les arts par des travaux de luxe qu'il n'entreprendrait point si sa fortune n'avait pas augmenté. Tout est heureux, tout vit autour de lui. Il serait dur, il serait injuste de punir sa bienfaisance, en l'obligeant, après dix ou vingt ans, à rapporter des revenus employés à des usages si nobles, et si utiles à la société; son patrimoine n'y suffirait pas.

Mais cet homme, qui ne met ni fin ni mesure à ses folles dépenses, qui dissipe son bien en profusions que les gens sensés qualifient de folies, *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit*, dit Ulpien (2); cet homme, en un mot, qui mange son fonds avec son revenu, et que nos lois anciennes mettaient dans les liens de l'interdiction, et nos lois nouvelles sous la direction d'un conseil judiciaire, convient-il de le récompenser et d'encourager sa prodigalité en le dispensant de rendre compte des capitaux et du prix des biens qu'il a vendus et dissipés?

Non certes. La justice repoussait, avec une sorte d'indignation, l'héritier putatif qui, sur la foi d'Ulpien, se bornerait à répondre au véritable héritier : Oui, j'ai trouvé de grands capitaux dans l'hérédité ; mais je les ai dissipés. J'ai ensuite vendu les biens, j'en ai reçu le prix; mais j'ai tout perdu, tout consommé; il ne m'en reste plus rien. J'en suis fâché pour l'amour de vous. Il me reste un patrimoine assez considérable ; *mais il ne peut, en aucune manière, être entamé par votre pétition d'hérédité,* parce que je ne possède plus rien de l'hérédité, et que, me croyant seul héritier, j'ai cru n'abuser que de ce

(1) *Nihil amplius quærendum quis sit exitus, licet postea deperdat,* etc.

(2) L. 1, ff. *de curat. furios.*, 27, 10.

qui était à moi. Je suis quitte envers vous. Ulpien l'a dit, il y a plus de quinze siècles ; un grand jurisconsulte professe aujourd'hui la même doctrine. Vous ne pouvez même, avec succès, revendiquer les biens que j'ai vendus, car si les acquéreurs étaient évincés, ils auraient un recours en garantie contre moi, et je serais obligé de rendre indirectement ce que vous ne pouvez me demander directement.

Le véritable héritier lui répondrait avec avantage: Que m'importe ce qu'a dit ou ce qu'on fait dire à Ulpien, dont le texte, tel qu'il nous est parvenu, ne peut se concilier, ni avec lui-même, ni avec Julien et l'empereur Antonin? Les lois romaines n'ont plus en France d'autre autorité que celle de la raison. Pourquoi donc tant d'efforts et tant d'érudition perdus, pour essayer de concilier deux textes contraires, *difficiles nugæ*. Suivons celui qui s'accorde le mieux avec la raison et avec nos lois françaises : les anciennes, loin de vous dispenser de me tenir compte des capitaux mobiliers et du prix des biens vendus, vous soumettaient au compte des revenus et des fruits. Pothier vous l'atteste. Plus indulgent et peut-être plus juste, l'art. 138 du Code civil vous fait *gagner* les fruits perçus de bonne foi, mais non pas les capitaux ni les fruits des biens que vous avez vendus. Je n'ai point à rechercher l'emploi que vous en avez fait. La bienséance et la loi me défendent d'entrer dans vos secrets de famille ; mais vous avez reçu des capitaux, cela suffit : *nihil amplius quærendum est quis exitus sit.* Vous devez me les rendre.

C'est, en effet, un point de jurisprudence depuis longtemps incontestable en droit français. Cela posé, il est bien évident que l'exception *ex persona venditoris*, que Merlin propose d'après l'obscur passage d'Ulpien, ne peut, sous l'empire du Code, faire obstacle à l'action du véritable héritier, qui revendique les biens vendus par l'héritier putatif.

D'un autre côté, j'ai prouvé dans mes 2e et 4e volumes (IV et VIII, éd. fr.) que la bonne foi des acquéreurs n'est point un motif suffisant pour repousser la revendication du véritable héritier. Merlin est, sur ce point, entièrement d'accord avec moi; il a même ajouté de nouvelles autorités aux raisons que j'ai données, et, qui plus est, il a rétracté ce qu'il avait avancé de contraire dans le tome 2e de la seconde édition de ses *Questions de droit*, pag. 651, col. B, lignes 43 et suivantes, où il dit « qu'un héritier, » qui garde le silence, et se renferme dans les » termes de la simple abstention, est assimilé, » *par rapport aux tiers*, à un héritier qui re» nonce expressément; en sorte que tout ce qui » a été fait avant son adition d'hérédité (et par » conséquent la vente et autres aliénations vo» lontaires) reste aussi valable que s'il avait » existé, de sa part, un acte de renonciation. »

Merlin termine la dissertation à laquelle je réponds, par dire, pag. 543, col. B (4e édition, tome 8, p. 39), qu'il ne faut pas prendre ce passage à la lettre, mais le modifier par les distinctions qu'il vient de faire, dont la principale est celle que j'avais faite, tome 4 (VIII, éd. fr.), nos 28-31, p. 14, entre les actes d'administration et les actes d'aliénation.

Il reste donc aujourd'hui démontré que les deux arrêts dont Merlin entreprend la défense sont mal rendus, en ce qu'ils ont décidé que le tiers qui a acquis des biens de l'hérédité vendus par l'héritier apparent doit être maintenu toutes les fois qu'il a fait son acquisition de bonne foi.

D'un autre côté, je crois avoir démontré que l'exception *ex venditoris persona*, proposée par Merlin pour défendre ces arrêts, en changeant l'état de la question, n'était point applicable à leur espèce, qu'elle n'a jamais été reçue en droit français, et qu'elle est rejetée par l'art. 138 du Code civil.

Maintenant, qui était dans l'erreur?

Est-ce Toullier, qui avait soutenu une vérité tellement claire, qu'elle est enfin reconnue par Merlin, qui la fortifie, la développe, et rétracte ce qu'il avait dit de contraire; et qui, enfin, pour défendre les arrêts en question, est réduit à chercher péniblement, dans un texte obscur, contraire à d'autres textes clairs et raisonnables, une exception qui n'est point applicable à l'espèce, une exception qui n'a jamais été reçue en France, et que proscrit le Code civil (1)?

---

(1) La cour royale de Rouen a rendu, le 12 avril 1826, un arrêt conforme à celui de la cour de cassation du 3 août 1813 et à la doctrine de Merlin et contraire à celle de Toullier. Voy. *Quest. de droit*, t. 8, p. 39.

SUR LA TRANSMISSION

DES DROITS ET OBLIGATIONS

AUX SUCCESSEURS A TITRE PARTICULIER,

Où l'auteur examine une Dissertation de Merlin *et une autre de* Ducaurroy, *sur le sens des mots* ayant cause *et* tiers, *dans les art.* 1319, 1322 *et* 1328 *du Code* (1).

Comment se transmettent les droits et les obligations aux successeurs à titre particulier, ou ayants cause?
Quel est le sens des mots ayant cause *et* tiers, *dans les art.* 1319, 1322 *et* 1328 *du Code civil?*

SOMMAIRE.

1. Avant l'état civil, les obligations s'éteignaient par la mort de celui qui les avait contractées.
2. Au moyen de la règle : *Qui s'oblige oblige le sien*, la propriété permanente fit passer les obligations avec les biens d'une génération à l'autre.
3. Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Ils cessent de l'être, s'ils sortent de ses mains. Ses successeurs à titre particulier ne sont pas tenus de ses obligations.
4. A moins qu'il n'y ait spécialement affecté ses biens ; ce qui se fait de deux manières : 1° en les aliénant sous cette condition, qui devient alors une loi pour les possesseurs ;
5. 2° En établissant sur ces biens une servitude ou autre charge. Alors il ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même.
6. Les Romains s'écartaient de ce principe à l'égard de la transmission de propriété, pour laquelle ils exigeaient la tradition.
7. Ils en concluaient qu'entre deux acquéreurs du même fonds, ce n'était pas le premier, mais celui à qui la tradition était faite, qui était préféré.
8. Hors ce cas, sauf quelques exceptions, ils suivaient pour règle qu'on peut opposer au successeur ce qui pouvait être opposé à son auteur.
9. Exemple dans la vente d'un fonds par celui qui n'en était pas propriétaire, et qui, après l'être devenu, le revendait une seconde fois. Le premier acquéreur était préféré.
10. Cette décision équitable est conforme à notre principe que la propriété est transférée de plein droit par l'effet des obligations.
11. Les obligations passent au successeur à titre singulier, lorsqu'elles sont relatives au fonds à la propriété duquel il succède.
12. Notre législation suit ce principe plus rigoureusement que le droit romain. Par exemple, l'acquéreur est obligé d'entretenir le bail.
13. Cette décision étendue à la concession d'un droit personnel de passage.
14. Mais il faut que le contrat opposé à l'ayant cause soit antérieur au titre de celui-ci. Il suffit d'un contrat sous seing privé.
15. Examen de l'opinion de Merlin sur le sens du mot *ayant cause*. Imperfections qu'il veut voir dans la rédaction de l'art. 1322.
16. La question de savoir si l'acte privé fait foi de sa date contre les *ayants cause* dépend uniquement du sens de ce mot.
17. Merlin distingue deux espèces d'ayants cause, ceux qui tiennent leur titre de la même personne, mais par des actes différents, et ceux qui le tiennent de la même personne et par le même acte.

(1) *Vid.* t. 3 (VI, éd. fr.), n° 401, et t. 4 (VIII, éd. fr.), n°s 245-256.
Cette dissertation est une réponse à Merlin (voy. *Questions de droit*, édit. Tarlier, t. 16) et Ducaurroy (voy. Thémis, t. 3, p 49).

18. Hypothèse de Merlin, pour établir que deux ayants cause peuvent tenir leur droit du même acte.
19. Inexactitude des conséquences qu'il tire de son hypothèse.
20. Elles mettraient en contradiction les art. 1328 et 1322. C'est pour sauver cette contradiction qu'il a imaginé ses deux espèces d'ayants cause.
21. Il réduit la question au point de savoir si, pour appliquer l'art. 1322, il faut que les ayants cause doivent cette qualité au même acte.
22. Deux personnes ne peuvent devenir les ayants cause de l'un des souscripteurs d'un acte, sans l'avoir souscrit, et alors c'est en qualité de souscripteurs qu'on peut leur opposer cet acte.
23. Donc, en parlant des ayants cause, l'art. 1322 a appliqué ce mot dans son acception ordinaire, et non à ceux qui tiennent leur droit du même acte.
24. Preuve de cette vérité, par la comparaison et le rapprochement des art. 1319 et 1322, qui emploient dans le même sens le mot *ayant cause.*
25. L'acte sous seing privé fait foi contre les ayants cause, par une conséquence de l'ancienne règle : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.*
26. Les termes de l'art. 1322 : *entre leurs héritiers et ayants cause*, ne se réfèrent point à un acte primitif, comme le dit Merlin.
27. Les ayants cause, dans les art. 1319 et 1322, sont ceux qui tiennent leur titre de la même personne. Le Code les distingue des tiers.
28. Série et gradation des dispositions du Code sur la foi due aux actes, conformes aux anciens principes.
29. On ne peut prétendre que l'art. 1328 soit une exception à l'art. 1322, sans accuser les rédacteurs d'avoir ignoré le sens des mots. Ils n'ont fait qu'ériger en loi la doctrine de Pothier et de Dumoulin, sanctionnée par le temps et l'expérience.
30. Réponse péremptoire à l'objection tirée de l'article 1743, qui dit que l'acquéreur peut expulser celui qui n'a qu'un bail sous seing privé. C'est une exception à la règle générale établie par l'article 1322. Cette exception confirme la règle ; il n'en est point sans exception.
31. Réponse à l'objection tirée des abus qu'on peut faire des actes sous seing privé.
32. Les ventes sous seing privé peuvent servir de titre à la prescription de dix ou vingt ans.
33. Les abus qu'on peut faire des actes notariés sont plus fréquents et plus dangereux.
34. Ducaurroy, n'ayant lu ni Merlin, ni aucun des recueils de jurisprudence, s'est allé imaginer que j'ai donné des *ayants cause* une définition tout à fait nouvelle.
35. J'ai donné celle de tous nos dictionnaires anciens et modernes, de Pothier, de Dumoulin. Cette définition n'a jamais varié.
36. Dumoulin oppose les ayants cause aux héritiers qui succèdent *in universam causam.* Pothier et le Code ont suivi sa doctrine.
37. J'en ai conclu que la première vente, même sous seing privé, était préférable à la seconde.
38. Mais Ducaurroy soutient, contre tous les jurisconsultes, que les acquéreurs ne sont pas les ayants cause du vendeur. Il ne veut voir, dans les ayants cause dont parle l'art. 1322, que *des successeurs à titre universel.* C'est *sa solution définitive.*
39. Mais si les ayants cause dont parlent les art. 1319 et 1322 ne sont pas des successeurs à titre universel, il s'ensuit nécessairement que ni les actes authentiques, ni les actes privés, ne font foi contre les successeurs à titre particulier.
40. Ducaurroy promet une censure de mon ouvrage, à laquelle je promets de ne point répondre.

1. J'ai essayé, dans le 3e volume de mon ouvrage (VI, éd. fr.), de donner la théorie des obligations réelles et personnelles, et celle de la transmission des droits et des obligations aux successeurs, soit à titre universel, soit à titre particulier, ou *ayants cause ;* matière curieuse, parce qu'on y suit les progrès de la législation, et d'autant plus importante, qu'elle a été passée sous silence par notre grand maître Pothier.

J'ai dit, n° 401, qu'avant l'établissement de l'état civil, l'homme ne pouvait et ne peut encore obliger que sa personne, et non celle de ses successeurs, pas même celle de ses enfants ; qu'il ne pouvait également obliger, pour le temps où il n'existera plus, les biens dont il avait la possession transitoire, et qui passaient à sa mort au premier occupant ; qu'ainsi, les obligations qu'il avait contractées et non exécutées de son vivant s'éteignaient avec sa personne : *Mors omnia solvit.*

Les droits qu'il avait acquis, mais non encore exercés, s'éteignaient également avec lui, à moins qu'il n'eût stipulé tant pour lui que pour certaines personnes déterminées par la convention. Comment ces biens auraient-ils pu passer à des successeurs qui n'étaient pas connus, par un ordre de succéder fixe et stable?

2. L'état civil fit cesser ce désordre ; il rendit la propriété stable et permanente, et régla l'ordre des successions. Les biens qu'un citoyen possédait furent affectés de plein droit à l'accomplissement de ses engagements, et devinrent le gage commun de tous ses créanciers : *Qui s'oblige oblige le sien.*

Au moyen de ce principe, conservateur de la société, sagement établi par les lois civiles, les obligations, qui s'éteignaient auparavant avec la personne du débiteur, acquirent un caractère de réalité, qui les attache aux choses et aux biens, lesquels, à la mort du propriétaire, ne peuvent plus passer qu'avec leurs charges à la personne du successeur, que la loi désigne ou que le défunt a choisi.

Ainsi, les obligations sont, avec les biens, transmises de la génération qui passe à la génération qui suit. La mort de l'homme n'expose plus les créanciers qui lui survivent à une perte certaine ; ils n'éprouvent aucun dérange-

ment notable dans les relations qu'ils ont eues avec lui; les biens, les choses qui lui appartiennent, *res*, répondent de l'exécution des obligations qu'il a contractées; elles sont donc effectivement *réelles*, dans ce sens qu'elles passent avec les choses aux successeurs du débiteur décédé.

Les droits des créanciers sont également réels, en ce sens qu'ils passent, comme des choses dépendantes de leur succession, aux héritiers que la loi désigne ou qu'ils se sont choisis.

3. Ces principes ne paraissent pas susceptibles de contradiction. L'affectation générale et indéfinie de tous les biens d'un débiteur à l'accomplissement de ses obligations existe également pendant sa vie; ses biens sont également le gage commun de ses créanciers, dans ce sens que, faute de satisfaire à ses engagements, tous et chacun d'eux peuvent faire saisir ses biens, et les faire vendre, pour en partager également le prix entre eux, à moins qu'ils n'aient un titre de préférence.

Mais si le débiteur les a mis hors de sa main, les créanciers perdent leurs droits sur ces biens vendus ou aliénés de bonne foi. La personne seule du débiteur leur reste obligée, ainsi que ses autres biens; ses obligations ne passent point aux acquéreurs des biens vendus, sur lesquels les créanciers n'avaient aucun droit particulier, mais seulement un droit général et indéfini qu'ils ont laissé perdre en négligeant de l'exercer plus tôt; ils n'ont donc point à s'en plaindre. La personne du débiteur demeure pour leur répondre.

La règle générale est donc que les obligations qui n'affectent les biens du débiteur que d'une manière générale, en vertu de la maxime : *Qui s'oblige oblige le sien*, ne passent point à ses successeurs à titre particulier, autrement *à ses ayants cause*.

4. Mais si le propriétaire, outre cette affectation générale de la loi, avait spécialement affecté tel ou tel de ses biens particuliers à telle charge, à tel droit, à telle obligation, aussi spéciaux et particuliers; cette charge, ce droit, cette obligation, ne doivent-ils pas être préférés à l'affectation générale de la loi?

Oui, sans doute, et cette affectation spéciale peut se faire de deux manières principales : 1° en aliénant un héritage; car c'est un principe consacré par les lois, et avoué par la raison, que le propriétaire, en transférant sa propriété à un tiers, peut ne la transférer que sous telles charges, telles conditions que bon lui semble, pourvu qu'elles ne soient pas réprouvées par les lois ou par la morale : *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.* (L. 48, ff. *de pact.*, 2, 14.) L'effet de ces conditions, si la charge n'est pas remplie, est de résoudre le contrat, comme s'il n'avait jamais existé : *Cum enim venditor, vel... alienator, non alia lege jus suum transferre passus est, nisi tali fretus conventione, quomodo ferendum est aliquam captionem ex varia partium interpretatione?* (Leg. ult., Cod., *de pact. inter empt. et vendit. compositis*, 4, 54.)

Si donc le vendeur avait chargé son acquéreur d'acquitter une obligation, celui-ci en devenait chargé, et s'il revendait ou aliénait autrement l'héritage, son acquéreur en devenait chargé à son tour; et même un troisième et quatrième acquéreur, auquel le précédent n'avait pu transférer l'héritage qu'aux mêmes charges et obligations.

Ces charges, imposées à l'héritage avec la translation de la propriété, étaient ce que les Romains appelaient *lex prædii*, parce qu'en les imposant, le propriétaire *legem rei suæ dabat.* Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit. Le Code a, sur ce point, adopté les dispositions du droit romain. Nous tenons encore pour maxime que toutes les charges, toutes les conditions imposées à l'héritage, au moment de la translation de la propriété, sont des lois auxquelles tous les possesseurs successifs de cet héritage sont obligés de se conformer pendant qu'ils le possèdent, parce que, tenant originairement leur titre de celui qui s'y était assujetti, ils sont ses ayants cause ou ses successeurs : ils le représentent.

5. Le propriétaire, sans en transférer la propriété, pouvait, sans contredit, attacher à son héritage des charges ou obligations spéciales, auxquelles il ne pouvait se soustraire; par exemple, il pouvait permettre à son voisin de passer sur son champ, d'aller couper du bois dans sa forêt, d'aller tirer des pierres dans sa carrière; mais si, après avoir établi ces charges sur ses propriétés, par une convention ou un contrat en forme, et à titre onéreux, le propriétaire vendait les mêmes propriétés, sans imposer à l'acquéreur l'obligation de les souffrir, sans l'en prévenir, sans en parler dans le contrat de vente, alors naissait la question de savoir si cet acquéreur était obligé de les souffrir, et s'il pouvait dire que le premier contrat était ce qu'on appelle chose passée entre étrangers, *res inter alios acta*, qui ne pouvait nuire à un tiers, *quæ tertio non nocet*; que, quelque valide que soit l'obligation contractée par le vendeur commun, il ne pouvait obliger que sa personne; qu'ainsi, c'est vers lui seul que doit recourir le premier contractant.

Celui-ci pouvait répondre : Vous vous trompez; le contrat que j'ai passé avec votre vendeur n'est point, à votre égard, *res inter alios acta*, puisque c'est de lui que vous tenez votre titre; vous le représentez, vous êtes son successeur; il n'a pu vous transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même : *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.* (L. 54, ff. *de reg. jur.*)

Vous ne devez pas être de meilleure condi-

tion que lui; en succédant à son droit, vous succédez à ses obligations. Vous vous trompez encore, en faisant une application de la maxime qu'il n'a pu obliger que sa personne, et non celle de ses successeurs. S'il s'agissait d'une de ces obligations purement personnelles, qui n'affectent les biens de l'obligé que d'une manière générale, et en vertu de la maxime : *Qui s'oblige oblige le sien*, les successeurs de tous les biens qu'il laisserait à son décès seraient seuls tenus de ces obligations; mais il s'agit ici d'obligations qu'il a spécialement attachées à tels héritages particuliers, d'obligations qui même ne pouvaient et ne peuvent encore être exécutées que sur tels héritages désignés. Or vous lui succédez dans ces héritages ; vous succédez dans tous les droits qu'il avait sur cette forêt, dans laquelle il m'avait vendu le droit de prendre mon chauffage, etc. ; son obligation vous a donc été transmise avec la propriété à laquelle l'obligation était attachée. Vous êtes son successeur ou son ayant cause; l'obligation qu'il a contractée envers moi peut donc vous être opposée : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* (L. 143, ff. *de reg. jur.;* Ulpien, lib. 2, *ad edict.*)

6. Telles sont les sages maximes que la raison naturelle avait dictées à ces jurisconsultes romains, qui avaient si profondément médité sur la philosophie du droit. Cependant, ils n'en suivaient pas toujours exactement les conséquences, même les plus nécessaires; ils s'en étaient écartés surtout dans un point bien remarquable, à l'égard du droit de propriété; ils avaient, sans faire attention au changement qui s'était opéré dans sa nature par l'établissement de la propriété permanente, conservé l'ancien principe que la propriété ne peut se transmettre par la convention, mais seulement par la tradition : *Traditionibus... dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* (L. 20, Cod., *de pact.*) Voyez ce que nous avons dit, tome 2 (IV, éd. fr.), nos 55 et suivants.

7. Ils en concluaient que, si le propriétaire de mauvaise foi, qui avait vendu son héritage sans le livrer, le revendait et le livrait à un second acquéreur, celui-ci était préféré au premier. C'est la fameuse loi *quotiens* 15, Cod., *de rei vindic.*

8. Mais quand la fausse maxime, que la tradition est nécessaire pour transférer la propriété, ne les forçait pas de s'écarter de la règle sage, que l'on peut opposer au successeur particulier ou ayant cause les exceptions que l'on peut opposer à son auteur : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit,* la force de la raison les y ramenait, même dans les cas les moins favorables en apparence. En voici un exemple, tiré de la loi 72, ff. *de rei vindic.*, 6, 1, répété dans la loi 2, ff. *de exceptione rei vendit.*, 21, 3.

9. Titius vous vend et vous livre, moyennant le prix que vous lui en payez, un fonds appartenant à Sempronius. Il est évident que Titius, n'étant point propriétaire, n'a pu vous transférer la propriété qu'il n'avait pas; mais il devient héritier de Sempronius, et, en cette qualité, vend et livre à un autre le fonds qu'il vous avait vendu. Qui de vous ou du second acquéreur doit être préféré ?

Cette question, qui tient à la transmission des obligations aux successeurs à titre particulier, fut traitée par les plus célèbres jurisconsultes romains, par Julien, auteur de l'édit perpétuel, par Plautius, par Pomponius, son annotateur ou abréviateur, loi 2, ff. *de except. rei vend.*, 21, 3; par Ulpien, commentateur de l'édit perpétuel, et celui de tous les jurisconsultes qui a fourni le plus de matériaux aux rédacteurs du Digeste, loi 72, ff. *de rei vindic.*, 6, 1.

Selon la maxime à laquelle ils étaient si fortement attachés, *traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur,* le second acquéreur aurait véritablement été propriétaire légitime du fonds. Il l'avait acheté de Titius, héritier de Sempronius, ancien propriétaire. La tradition lui avait été faite en vertu d'un titre en bonne forme. Que pouvait donc opposer le premier acquéreur? Une vente consentie par Titius, lequel n'avait pu conférer, sur ce fonds, aucun droit à l'acquéreur, parce qu'il n'en avait lui-même alors absolument aucun.

Cependant Julien, Plautius, Pomponius et Ulpien s'accordent pour répondre unanimement et sans balancer que, *suivant l'équité,* le premier acquéreur doit être préféré : *Julianus ait æquius esse priorem te tueri*, dit Pomponius. *Æquius est ut tu potior sis*, dit Ulpien.

Tous en donnent la même raison, qui est tirée du principe de la transmission des obligations aux successeurs à titre particulier ou ayant cause ; car, dans l'espèce, c'est une seule et même personne qui a vendu et livré le fonds, tant au premier qu'au second acquéreur, et c'est par cette raison que l'équité exige que le premier acquéreur soit préféré. Pourquoi cela? Parce que, dit Ulpien, si le vendeur lui-même, si Titius, devenu propriétaire, revendiquait le fonds envers le premier acquéreur, celui-ci le repousserait par une exception pleine de justice, accordée contre celui qui, ayant vendu un bien dont il n'était pas propriétaire lors de la vente, prétendrait néanmoins exercer contre son acquéreur l'action en revendication, parce qu'il est devenu propriétaire depuis la vente. L'acquéreur lui répondrait : Il est vrai que la vente que vous me consentîtes, avant d'être propriétaire, ne me transféra point alors la propriété du fonds vendu ; mais elle vous obligea à la garantie de toute éviction contre la revendication d'un tiers. Vous osez former vous même une revendication dans votre nom ; l'ac-

tion en garantie que j'aurais contre vous ; si j'étais attaqué par un tiers, devient une exception insurmontable contre votre prétention : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Mais cette exception que, dans notre espèce, le premier acquéreur peut opposer à Titius, vendeur ou auteur commun, peut-il l'opposer au second acquéreur? A-t-elle passé contre ce second acquéreur, successeur ou ayant cause de Titius ? Nul doute sur ce point. Julien, Ulpien, Pomponius, le supposent évidemment tous les trois, puisque leur raisonnement n'a pas d'autre fondement que cette exception : *Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres*, dit Ulpien. *Quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summoveretur*, dit Julien.

Il leur était inutile de développer ici leur pensée plus longuement, parce que leur décision n'était qu'une conséquence directe de la règle générale qu'ils avaient établie ailleurs en termes formels et généraux : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* (L. 143, ff. *de reg. jur.* Ulpien, lib. 62, *ad edict.*) Ce qu'on peut opposer à ceux qui ont contracté, on peut l'opposer à leurs successeurs. Je pouvais opposer à Titius, mon vendeur, l'exception : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio :* donc je puis l'opposer à Mævius, son acquéreur, et son successeur ou ayant cause.

Cette transmission des obligations, et réciproquement des droits du vendeur à ses acquéreurs ou successeurs à titre particulier, est une des règles de droit le plus souvent rappelées dans le Recueil des lois romaines (1).

La préférence donnée au premier acquéreur de Titius, dans l'espèce de la loi 72, ff. *de rei vindic.*, 6, 1, est évidemment une conséquence directe et nécessaire de cette règle.

Remarquons cependant que Julien et Ulpien fondent cette préférence plutôt sur l'équité naturelle que sur le droit rigoureux, *æquius est ut potior sis.* Pourquoi ? C'est qu'en suivant les principes du droit romain, la propriété avait été transférée au second acquéreur : car le vendeur n'ayant aucun droit sur le fonds, lors de la première vente, n'avait pu en transférer aucun. Au contraire, étant devenu propriétaire, avant la seconde vente, il avait réellement transféré la propriété, en vendant et livrant le fonds au second acquéreur. C'était donc par équité, *æquius est*, qu'on préférait le premier acquéreur au second.

Mais, d'un autre côté, l'obligation de Titius, vendeur, avait passé contre le second acquéreur, avec la propriété du fonds ; car, du moment même que Titius en devint propriétaire, il perdit le droit de revendiquer contre moi ce même fonds qu'il m'avait vendu ; il perdit ce droit, en vertu de l'action en garantie préexistante contre lui en ma faveur, et qui devint une exception insurmontable à sa demande. Ainsi, la confirmation du droit, qu'il n'avait pas au moment de la vente, confirma mon droit dans le même moment, suivant la maxime : *Confirmato jure tradentis, confirmatur jus accipientis.* (Voy. Voet, *in tit.* ff. *de rei vind.*, n° 17.) Titius n'avait donc plus le pouvoir de vendre à mon préjudice, quand il consentit la seconde vente à Mævius ; il ne put lui transférer le droit qu'il n'avait plus de revendiquer l'héritage contre moi, ou même de m'empêcher de le revendiquer.

10. Rien de plus juste, rien de mieux raisonné que cette décision, qui n'est plus aujourd'hui fondée seulement sur l'équité, mais encore sur le droit rigoureux, *strictum jus*. Elle est une conséquence directe du principe raisonnable et fondamental adopté par notre législation nouvelle, sur l'acquisition et la transmission de la propriété par l'effet des obligations ; principe qui la distingue en ce point des autres législations anciennes et nouvelles, comme nous l'avons vu, tome 2 (IV, éd. fr.), n°s 55 et suivants.

« La propriété des biens, dit l'art. 711, » s'acquiert et se transmet par succession... » *et par l'effet des obligations.* »

Ainsi, la propriété se transmet *de plein droit par l'effet des obligations*, de même que par succession, « sans qu'il soit besoin de tradition » (art. 938), quoique la chose n'ait pas encore » été livrée. » (Art. 1583.)

Ainsi, du moment qu'il existe une obligation parfaite de livrer une chose certaine et déterminée, la propriété de cette chose est transférée *de plein droit*, et par le seul effet de *l'obligation*, soit légale, soit conventionnelle.

Appliquons ces principes à l'espèce proposée par Julien, Ulpien et Pomponius.

Titius m'a vendu, avant d'en être propriétaire, le fonds Sempronien, dont la propriété lui a été ensuite dévolue comme héritier de Sempronius. Dès le moment de son adition d'hérédité, il est devenu obligé de me livrer ce fonds, s'il ne l'avait pas encore fait, ou, dans le cas

---

(1) Voici quelques-unes de ces lois :

Non debeo melioris conditionis esse quam auctor meus, a quo jus in me transit. (L. 175, § 1, ff. *de reg. jur.*)

Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. (L. 177, ff. *de reg. jur.*)

Plerumque emptoris eadem causa esse debet, circa petendum ac defendendum quæ fuit auctoris. (L. 156, § 3, ff. *de reg. jur.*)

Cum quis in alicujus locum successerit, non est æquum ei nocere hoc, quod adversus eum nocuit, in cujus locum successit. (D. L., § 2.)

Et réciproquement : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* (L. 143, ff. *de reg. jur.*)

contraire, de ne pas me troubler dans ma jouissance, et d'empêcher que je n'y fusse troublé, parce que, quoique la vente fût nulle dans le principe, elle le soumettait, envers moi, à une obligation en garantie, et à des dommages et intérêts. (Art. 1599.) Il était obligé de me garantir de l'éviction; et par l'effet de cette obligation, qui me rendait créancier d'une chose certaine et déterminée, j'en suis devenu propriétaire réel et incommutable, de même que s'il me l'avait livrée depuis qu'il avait hérité de Sempronius. En la vendant à Mævius, il a donc vendu la chose d'autrui, et n'a pu lui en transférer la propriété, qu'il n'avait pas, et qu'il m'avait légalement transmise par l'effet de son obligation (1).

11. On voit combien les principes de notre législation nouvelle ajoutent de force à la règle si bien établie, d'ailleurs, par les jurisconsultes romains, de la transmission des obligations à la personne des acquéreurs et autres successeurs à titre singulier, ou ayants cause, lorsque les obligations sont relatives au fonds à la propriété duquel ils succèdent.

12. Aussi notre législation s'est beaucoup moins écartée de cette règle que les lois romaines. Celles-ci s'en étaient écartées sans raison suffisante, en ce qui concerne les baux à ferme ou à loyer. L'acquéreur d'un fonds ou d'une maison n'était point obligé d'entretenir le bail fait par le vendeur, s'il n'en était pas chargé par le contrat de vente, *nisi ea lege emit*. (Loi 9, Cod., *de locato*, 4, 65; loi 25, § 1, ff. *locati*, 19, 2.) De là le brocard de l'ancienne jurisprudence : *Successor particularis non tenetur stare colono*.

Le Code civil français est revenu à la règle; il a proscrit le brocard désavoué par la raison. L'acquéreur est, aujourd'hui, tenu d'entretenir le bail de la chose vendue (art. 1743), quoiqu'il n'en soit pas chargé par le contrat, quand même il eût ignoré l'existence du bail.

Le propriétaire est obligé, d'entretenir les baux faits sans fraude par l'usufruitier, comme aussi l'usufruitier est tenu d'entretenir le bail fait par le propriétaire, auquel il succède à titre particulier.

On doit donc, sous l'empire du Code civil, tenir pour maxime générale, par opposition à l'ancien brocard, que le successeur particulier est tenu d'entretenir le bail, par la raison que son auteur n'a pu lui concéder plus de droits qu'il n'en avait lui-même, et que la convention faite par l'auteur commun peut être opposée à ses successeurs à titre particulier. *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.*

13. J'ai tiré de ces règles une conséquence en faveur d'une convention ou contrat dont j'ai parlé tome 2 (III. éd. fr.), n° 587, et tome 3 (VI. éd. fr.), n° 437, pag. 490.

J'ai acquis pour un prix convenu le droit de passer sur vos héritages, pour aller à Rennes à la campagne de mon ami, afin d'éviter les mauvais chemins et d'abréger la route. Si vous vendez ces héritages, votre acquéreur sera tenu de souffrir l'exécution de l'obligation que vous avez contractée avec moi, et de me laisser passer (*voy.* la note du n° 437, tome 3 [VI, éd. fr.] comme vous le feriez vous-même, et comme il serait tenu de me laisser jouir, si vous m'aviez affermé des héritages par un bail antérieur à la vente. Il y a même raison de décider dans l'un et dans l'autre cas : ce sont des conséquences de notre règle de droit : *Quod ipsis contraxerunt*, etc.

14. Il est bien évident, au reste, que, pour en faire l'application, il faut que le contrat qu'on oppose au successeur à titre particulier ou ayant cause soit antérieur à celui de ce dernier, et émané du même auteur. S'il y avait de la difficulté ou du doute sur l'antériorité du contrat, ce serait à celui qui l'oppose à prouver cette antériorité : il lui suffirait pour cela de représenter son contrat.

Les actes authentiques font foi contre les personnes qui étaient parties, contre leurs héritiers et *contre ceux qui sont en leurs droits* ou ayants cause. Ils font pleine foi contre ces personnes de tout le dispositif de l'acte, c'est-à-dire de tout ce qui a fait l'objet de l'acte.

Ils font pleine foi même de ce qui serait exprimé en termes énonciatifs, etc... Cette doctrine raisonnable, et puisée dans Dumoulin par

---

(1) L'occasion d'appliquer ces principes et la décision des lois 72, ff. *de rei vind.*, et 2, ff. *de except. rei vend.*, se présenta il y a peu de temps dans les cabinets des jurisconsultes.

Voici l'espèce sur laquelle on demandait leur avis :

Le 13 mai 1818, l'H*** vendit, par acte authentique, à son frère P***, son quart héréditaire dans la succession immobilière du père commun, consistant en immeubles indivis situés en divers lieux.

Le 7 octobre 1819, aussi par acte authentique passé à Paris, le même l'H*** vendit à sa sœur R*** son quart dans plusieurs des immeubles vendus à P***, le 13 mai 1818, dont, par conséquent, il n'était plus propriétaire en 1819.

Le 24 mai 1820, l'H*** rachète de son frère P*** le quart qu'il lui avait vendu le 13 mai 1818, et de plus le quart héréditaire appartenant au même P***.

Enfin, par acte du 27 mai 1820, l'H*** donne les biens achetés trois jours auparavant à la dame P***, en échange d'autres biens situés aux colonies.

La vente faite par l'H*** à sa sœur R***, le 7 octobre 1819, était-elle préférable au contrat d'échange consenti à la dame P***, le 27 mai 1820?

Je répondis affirmativement, suivant la décision des lois 72, ff. *de rei vind.*, et 2, ff. *de except. rei vend.*, et j'ajoutai qu'il y avait, sous l'empire du Code, une raison nouvelle et péremptoire de le décider ainsi : c'est que du moment que l'H*** était redevenu propriétaire des biens vendus à sa sœur, la propriété en avait été transmise à cette dernière, par l'effet de l'obligation où il était de lui en garantir la propriété.

Pothier, nos 757 et 758 (1), a été consacrée et érigée en loi par l'art. 1319 du Code civil : « L'acte authentique fait pleine foi *de la con-* » *vention qu'il renferme*, entre les parties con- » tractantes et leurs héritiers ou *ayants cause*. »

Ce que dit cet article de l'acte authentique, l'art. 1322 le répète aussi d'après Pothier, en palant de l'acte sous seing privé : « L'acte sous » seing privé, reconnu par celui auquel on l'op- » pose, ou légalement tenu pour reconnu, a, » entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs » héritiers et ayants cause, la même foi que » l'acte authentique. »

La différence qui existe entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé, relativement aux personnes entre lesquelles il fait foi, ne consiste, ainsi qu'on le voit, qu'en ce que ce dernier est assujetti, pour la reconnaissance, à certaines formalités dont le premier est dégagé, en vertu de l'authenticité.

Du reste, l'un et l'autre désignent trois classes de personnes entre lesquelles les actes font foi, et auxquelles ils peuvent être opposés.

1° Les parties contractantes : nulle difficulté sur ce point;

2° Leurs héritiers : nulle difficulté encore à cet égard ;

3° Les *ayants cause* des parties contractantes ; c'est-à-dire ceux qui tiennent leurs droits d'elles, *qui causam, sive titulum habent ab iis*, et qui leur succèdent à titre particulier et non universel.

15. Il ne s'élèverait pas sur ce troisième point plus de difficulté que sur les deux autres, si un jurisconsulte du premier mérite et d'une expérience consommée, Merlin, n'avait pas dans ses *Questions de droit*, 3e édit., vo *Tiers* (2), essayé de donner à l'expression d'*ayant cause*, dans l'art. 1322, une acception nouvelle qui en change la signification, et qui lui en donne une toute différente de celle que l'usage a consacrée, et que lui donne partout ailleurs Merlin lui-même.

Pour préparer l'esprit à cette nouvelle interprétation, il commence par insinuer que la rédaction de l'art. 1322 est imparfaite :

1° En ce que « le mot *entre*, qui est répété » deux fois, semblerait établir deux ordres dis- » tincts de personnes entre lesquelles l'acte sous » seing privé fait foi..... savoir : *Un premier* » *ordre, composé de ceux qui ont souscrit l'acte*, » *et un second ordre, composé de leurs héritiers* » *et ayants cause*; et dès lors il paraîtrait faire » entendre qu'un pareil acte, signé par A et » B, fait bien foi pour l'un des deux contre » l'autre, mais qu'à l'égard de leurs héritiers » ou ayants cause respectifs, ce n'est qu'entre » eux qu'il fait foi. En sorte que A ne pour- » rait pas l'opposer aux héritiers ou ayants cause » de B, comme B ne pourrait pas l'opposer » aux héritiers ou ayants cause de A, et que » les héritiers ou ayants cause de B ne pour- » raient pas l'opposer à A, ainsi que les héri- » tiers ou ayants cause de A ne pourraient » pas l'opposer à B (3). »

Merlin reconnait, à la vérité, que cette interprétation serait absurde. Comment donc regarder comme imparfaite la rédaction d'une loi, parce qu'en raisonnant mal, il serait possible d'en tirer une interprétation absurde? Quelle est la loi divine ou humaine à laquelle un esprit faux ne peut pas prêter une interprétation absurde?

Merlin croit trouver un autre vice de rédaction dans l'art. 1322, en ce qu'il ne dit point que l'acte sous seing privé prouve, contre les tiers, que l'engagement dont il forme le titre a été réellement contracté; et cependant, dit-il, Toullier enseigne, avec Pothier, que l'acte sous seing privé prouve le fait de cet engagement, *rem ipsam*, même contre les tiers.

Mais si l'art. 1322 garde le silence sur ce point, l'art. 1328 supplée au moins implicitement à ce silence; car il ne refuse aux actes sous seing privé que la force de prouver par eux seuls la réalité de la date qu'ils énoncent : d'où l'on peut conclure qu'ils prouvent la réalité du contrat dont ils forment le titre ; et c'est précisément parce qu'ils prouvent la réalité de ce contrat, même contre les tiers, ainsi que le dit fort bien Merlin, qu'ils peuvent servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Je le répète donc, Merlin ne présente ces vices de rédaction, dans l'art. 1322, que comme des précautions oratoires, pour faire accueillir favorablement la nouvelle interprétation qu'il lui donne, et pour qu'on ne soit pas étonné que cet article présente, sur le sens de l'expression *ayant cause*, l'ambiguité qu'il croit y trouver.

16. Car il a fort bien vu que c'est dans le véritable sens de ce mot que consiste le nœud gordien de la difficulté, et qu'il est impossible de rejeter la conséquence que j'ai tirée de l'article 1322, si l'expression *ayant cause* y est employée dans le sens ordinaire, dans le sens qu'y donne partout ailleurs Merlin lui-même. Or il convient, il enseigne, dans la dissertation à laquelle je réponds, que les acquéreurs sont les *ayants cause* du vendeur, leur auteur commun.

17. Pour écarter la conséquence directe qui en dérive, il prétend qu'il ne suffit pas, pour être *ayant cause* dans le sens de l'art. 1322, que deux acquéreurs tiennent leur titre de l'un des souscripteurs d'un acte sous seing privé, *ab*

(1) Édit. Tarlier, t. 1, p. 227.

(2) Merlin a persisté dans son opinion, et l'a appuyée de nouveaux arguments dans la quatrième édition, imprimée chez Tarlier, vo *Tiers*.

(3) Édit. Tarlier, t. 16, p. 4, col. 2.

eadem persona; il faut encore qu'ils doivent leur qualité d'ayants cause au même acte.

Il y a donc deux espèces d'ayants cause, suivant Merlin :

1° Ceux qui tiennent leur titre d'un auteur commun, *ab eadem persona,* mais par deux actes différents;

2° Ceux qui tiennent leurs titres et leur qualité d'*ayants cause,* non-seulement de la même personne. mais encore par le même acte.

18. Il est vrai qu'il est difficile de voir comment deux ayants cause peuvent devoir ce titre au même acte; car, alors, ils seraient souscripteurs tous les deux.

Cependant, pour prouver que cela est possible, et pour faire comprendre le sens dans lequel, selon lui, doit être entendue l'expression d'ayant cause, dans l'art. 1322, voici l'hypothèse que fait Merlin :

Le 1er octobre, A vend un immeuble à B par acte sous seing privé.

Le 15 du même mois, B revend le même immeuble à D, aussi par acte sous seing privé.

Enfin, le 1er novembre suivant, B revend une seconde fois à C le même immeuble, qu'il avait acquis de A, sans parler de la vente déjà faite à D, quinze jours auparavant. C fait enregistrer son contrat avec celui consenti à B par A, le 1er octobre précédent.

D prétend que son contrat d'acquisition doit l'emporter sur celui de C, parce que, dit-il, nous sommes tous deux ayants cause. L'acte que je produis est son ouvrage, il doit faire foi contre vous, tant de sa date que de son contenu.

C'est, en effet, ce qui me paraît clairement résulter de l'art. 1322. Il porte que « l'acte sous » seing privé, reconnu par celui auquel on » l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, » a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs » héritiers et ayants cause, la même foi que » l'acte authentique. »

Merlin reconnaît que C et D sont les ayants cause de B, leur vendeur. Or l'acte authentique fait foi de sa date et de tout son contenu, entre les ayants cause des contractants. (Art. 1319.)

Donc l'acte sous seing privé, passé le 15 octobre, entre B et D, reconnu ou tenu pour reconnu, fait, comme un acte authentique, foi de sa date entre C et D, et prouve que la vente sous seing privé, faite à D, est antérieure à l'acquisition de C, et, par conséquent, que cette dernière acquisition est nulle. Je ne vois pas de réponse à ce raisonnement.

Voici cependant celle que Merlin met dans la bouche de C : « Vous vous méprenez étran- » gement sur le sens de cet art. 1322 : il sup- » pose un acte sous seing privé, fait entre deux » personnes, tel qu'est, dans notre espèce, ce- » lui du 1er octobre 1820, par lequel B a ac- » quis de A l'immeuble que vous réclamez; » et que dit-il, au sujet de cet acte?..... Qu'il » fait foi, non-seulement contre A, aussi bien » que contre B, non-seulement contre les héri- » tiers de l'un et de l'autre, mais encore con- » tre leurs *ayants cause* respectifs. Il dit donc, » et *rien de plus,* que l'acte du 1er octobre 1820 » fait foi contre moi. aussi bien que contre vous, » *tant de sa date que de tout son contenu* (no- » tez ceci); et cela doit être ainsi : cet acte étant » le titre de la propriété de B, notre ven- » deur commun, il faut bien que, pour établir » qu'il a eu le droit de m'en transférer l'effet, » je le reconnaisse comme vous (1). »

Oui, sans doute, s'il s'agissait de prouver le droit et la propriété de B contre les héritiers ou ayants cause de A; mais l'unique question, entre C et D, est de savoir lequel de leurs deux contrats doit être préféré, ou s'ils sont tous les deux émanés de B, leur vendeur commun. Le contrat d'acquisition de celui-ci est donc totalement étranger à leur contestation, qui suppose nécessairement le droit et la propriété de B. Il est impossible de concevoir comment C et D seraient obligés de recourir au contrat d'acquisition de B, pour décider la question de préférence qui les divise. Mais poursuivons les raisonnements et la défense de C :

« Quel rapport y a-t-il entre la foi que nous » devons tous les deux ajouter à ce premier » acte, à *cet acte fondamental* de mon droit et de » votre prétention, et la foi qu'il vous plaît d'at- » tribuer contre moi à l'acte particulier, par » lequel vous prétendez avoir acheté avant » moi, de B, la propriété qu'A lui avait ven- » due ? »

19. Je ne sais, si je me trompe; mais je ne puis accorder à Merlin que le contrat de vente, consenti à B par A, le 1er octobre 1820, soit le titre fondamental des droits de C et de D, à moins que ce ne soit contre les héritiers ou ayants cause de A, et alors ce serait le cas d'appliquer l'art. 1322, dans le sens naturel et ordinaire du mot *ayant cause.* Les titres de C et D sont manifestement les deux contrats par lesquels ils ont successivement acquis de B leur vendeur commun, l'un le 11 octobre, l'autre le 1er novembre 1820. Le contrat d'acquisition de B leur est donc parfaitement inutile dans la contestation qu'ils ont ensemble, au sujet de la priorité de leurs contrats, et même dans la contestation que l'un d'eux doit avoir avec B, au sujet des dommages et intérêts qu'il devra comme garant, à celui des deux qui succombera. Mais poursuivons :

« Que votre contrat (c'est toujours C qui » parle à D), que votre contrat fasse foi entre » vous et B, j'en conviens; et cela résulte des

(1) Édit. Tarlier, t. 16, p. 5, col. 1.

» termes de l'article, *entre ceux qui l'ont sous-*
» *crit.* Mais pour qu'il fît également foi contre
» moi, il faudrait qu'il servît, comme le pre-
» mier, *de fondement à ma propre acquisition;*
» il faudrait que je fusse obligé d'en argumen-
» ter, comme je suis obligé d'argumenter du
» premier, pour prouver que B a eu le droit
» de me vendre. Or, bien loin de l'invoquer
» comme le titre originaire de mon acquisition,
» je le repousse comme un titre fabriqué en
» fraude de mes droits; et vainement, pour me
» l'opposer, vous prévalez-vous des termes sub-
» séquents du même article, *entre leurs héri-*
» *tiers et ayants cause;* ces termes ne peuvent
» pas être séparés des précédents : ils se réfè-
» rent donc, comme ceux-ci, à un autre acte
» primitif, qui forme le titre commun des ayants
» cause de ceux qui l'ont souscrit; ils ne se
» réfèrent donc nullement à un acte postérieur
» et spécial de l'un des *ayants cause;* ils ne peu-
» vent donc pas s'appliquer à l'acte de vente
» que vous me présentez, sous la date du 15 oc-
» tobre. Cet acte vous *constitue bien l'ayant*
» *cause de B;* mais il n'est rien pour moi. Je
» suis, quant à cet acte, ce que l'art. 1328 ap-
» pelle *un tiers :* je ne suis donc point tenu d'en
» reconnaître la date. »

Remarquez que dans cette dernière phrase, Merlin reconnaît que D est l'ayant cause de B, et que, dans cette même phrase, il prétend que D est ce que l'article 1328 appelle *un tiers.* S'il en était ainsi, cet article s'exprimerait d'une manière tout à fait impropre, en qualifiant de *tiers* un *ayant cause,* reconnu tel par Merlin lui-même; il tromperait les citoyens, en changeant, sans les en prévenir, l'acception que l'usage et tous les auteurs, même Merlin, ont, depuis *plusieurs siècles,* donné à l'expression d'*ayant cause,* pour y substituer la dénomination de *tiers,* dénomination, je ne dis pas seulement inusitée, mais absolument nouvelle, et contraire à l'ancienne acception.

20. Ainsi, cet art. 1328 serait en contradiction avec l'art. 1322, qui veut que l'acte privé légalement reconnu fasse foi entre les *ayants cause, tant de sa date que de tout son contenu,* comme le dit fort bien Merlin quelques lignes plus haut.

C'est pour sauver cette contradiction qu'il imagine deux espèces d'*ayants cause :*

1° Ceux qui tiennent leurs titres d'un auteur commun, *ab eadem persona,* quoique par deux contrats différents : par exemple, D et C, dans l'hypothèse proposée, sont tous les deux les ayants cause de B, leur vendeur commun;

2° Ceux qui tiennent leur titre et leur qualité d'ayant cause, non-seulement de la même personne, mais encore du même acte. Par exemple, dit Merlin, dans l'hypothèse proposée, D et C sont les ayants cause de A, parce qu'ils sont obligés de recourir au contrat du 1er octobre 1820, par lequel A vendit à B, pour prouver que B avait le droit de leur vendre.

21. Merlin insinue donc, ce me semble, plutôt qu'il n'affirme, que les ayants cause de cette seconde espèce, dont jusqu'alors les auteurs n'avaient pas parlé, sont pourtant les seuls dont parle l'article 1322. En dernière analyse, il réduit la question à ce seul point :
« *Pour qu'il y ait lieu à l'application de ces*
» *termes de l'article* 1322, *entre leurs* AYANTS
» CAUSE, *ne faut-il pas que les ayants cause de*
» *l'un des souscripteurs de l'acte doivent cette*
» *qualité à cet acte même* (1)? »

22. Je réponds qu'il me paraît impossible que deux personnes deviennent, par le même acte, les ayants cause de l'un des souscripteurs de cet acte, sans qu'elles l'aient elles-mêmes souscrit; et alors l'acte fera foi entre elles, en qualité de souscripteurs, et non en leur qualité de simples *ayants cause.*

Par exemple, si C et D avaient acquis de B, par le même contrat, il faudrait bien recourir à ce contrat, s'il s'élevait entre eux des contestations relatives au plus ou moins de droits sur la chose acquise en commun; et, sans contredit, ce contrat ferait foi entre eux, parce qu'ils l'ont souscrit l'un et l'autre, et non parce qu'ils sont les ayants cause de B, leur auteur commun.

Mais lorsqu'il s'agit, comme dans notre hypothèse, de savoir lequel est préférable de deux actes consentis, l'un à C, l'autre à D, par B, leur vendeur commun, il est évidemment inutile de recourir au contrat d'acquisition de B, leur auteur, pour prouver qu'il avait droit de vendre. Ce droit est le point commun d'où ils partent nécessairement l'un et l'autre. C ne peut pas plus opposer à D, que D à C, le défaut de pouvoir ou de droit dans B, leur auteur, pour vendre le bien qu'ils ont acheté.

S'ils avaient au contraire pour adversaires, soit les héritiers, soit les ayants cause de A, ils seraient sans doute obligés de recourir au contrat d'acquisition de B. Ils leur diraient :
« Nous avons acquis de B, dont nous sommes
» les *ayants cause* directs et de notre chef. Il
» avait lui-même acquis de A, dont il était
» l'ayant cause aussi direct. Il nous a transmis
» tous ses droits par notre contrat d'acquisition :
» nous sommes donc, par transmission ou par
» représentation de B, les ayants cause de
» A. Or vous êtes ses héritiers ou ses ayants
» cause : donc le contrat de vente sous seing privé
» qu'il consentit à B, notre auteur, fait foi
» entre vous et nous, comme entre B et vous. »

Ainsi l'on voit que, dans ce cas-là même, où C et D sont obligés de recourir au contrat d'acquisition de B, en qualité d'ayants cause tant de A que de B, la contestation n'existerait pas entre les *ayants cause,* qui tiendraient leur qualité du même acte.

(1) Édit. Tarlier, t. 16, p. 6, col. 1.

23. Je le répète donc avec une entière conviction : il est impossible que deux personnes tiennent leur qualité d'ayants cause de l'un des souscripteurs d'un acte, si elles n'ont elles-mêmes souscrit cet acte. J'en conclus qu'en disant que l'acte sous seing privé fait la même foi que l'acte authentique, entre les *ayants cause* de l'un des souscripteurs, l'art. 1322 n'a point voulu restreindre l'acception de ce mot aux ayants cause qui tiennent leur qualité du même acte, et qu'il lui a laissé le sens que lui donnent, depuis plusieurs siècles, l'usage et tous les auteurs.

24. En veut-on une autre preuve?

Je la trouve dans le rapprochement et la comparaison des art. 1319 et 1322.

L'art. 1319 porte que « l'acte authentique » fait pleine foi... entre les parties contrac- » tantes et leurs héritiers ou *ayants cause.* »

L'art. 1322, que « *l'acte sous seing privé...* » a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs » héritiers et *ayants cause,* la même foi que » l'acte authentique. »

On m'accordera bien, je pense, que le mot *ayants cause* a le même sens dans l'un et dans l'autre de ces articles. Or, très-certainement, en disant que l'acte fait pleine foi contre les *ayants cause* des contractants, l'art. 1319 n'a point voulu limiter le sens de cette expression aux *ayants cause* qui tiennent cette qualité du même acte; autrement, il faudrait dire que le contrat de vente authentique, consenti à un premier acquéreur, ne fait pas foi contre un second acquéreur, aussi par contrat authentique, parce qu'ils ne doivent pas leur qualité d'*ayants cause* au même acte.

Caïus a vendu authentiquement à Primus, le 1er mai, un droit de passage sur le fonds Cornélien, et le 1er juin, il en a vendu de la même manière la pleine propriété à Secundus. Celui-ci peut-il refuser le droit de passage, en disant que n'étant point partie au premier contrat, c'est à son égard *res inter alios acta, quæ tertio non nocet?*

Primus lui répondra : Je ne suis point un tiers; je suis, comme vous, l'*ayant cause* de Caïus; et l'art. 1319 veut que l'acte authentique fasse pleine foi entre les parties contractantes et leurs héritiers ou *ayants cause.*

Secundus objectera-t-il que, s'ils sont l'un et l'autre les ayants cause de Caïus, ils ne tiennent point cette qualité du même contrat?

Primus lui répliquera que l'art. 1319 n'exige pas que les *ayants cause* doivent cette qualité au même contrat; que cela est même difficile, pour ne rien dire de plus; que s'ils tenaient leurs droits du même contrat, ils l'auraient souscrit l'un et l'autre, et qu'alors l'acte ferait pleine foi contre eux, en qualité de souscripteurs et non d'ayants cause.

Supposons maintenant que la vente du droit de passage ait été faite sous seing privé, le 1er mai, à Primus, et la vente de la pleine propriété à Secundus, authentiquement le 1er juin.

Secundus pourra-t-il refuser le droit de passage, en objectant à Primus que son contrat est sous seing privé?

Primus répondra que, suivant l'art. 1322, l'acte sous seing privé a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et *ayants cause,* la même foi que l'acte authentique.

Si Secundus prétend que cet article ne s'applique qu'aux *ayants cause* qui tiennent leur qualité du même contrat, Primus lui répliquera qu'il donne donc au mot *ayant cause,* dans l'art. 1322, une autre acception que dans l'art. 1319, où cette expression s'applique manifestement aux *ayants cause* qui doivent cette qualité à des contrats différents.

Or il serait absurde de dire que les rédacteurs du Code aient donné au même mot deux sens différents dans deux articles aussi rapprochés, et qui sont la suite l'un de l'autre.

Reste donc que l'art. 1322 emploie l'expression d'*ayant cause* dans le sens ordinaire et ancien, et qu'il s'applique, comme l'art. 1319, à ceux qui tiennent leurs qualités du même auteur, quoique par des contrats différents. C et D, dans l'espèce proposée, sont tous les deux les ayants cause de B; c'est de lui qu'ils tiennent chacun leur titre : donc ces titres peuvent être respectivement opposés par l'un à l'autre, lorsqu'il y a identité d'objet.

25. *Mais où cela est-il écrit?* demande Merlin. Où cela est écrit? C'est une conséquence ou plutôt une application, un développement de la règle sage, naturalisée en France depuis si longtemps : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* (Loi 143, ff. *de reg. jur.*)

Le contrat sous seing privé que j'ai passé avec B fait foi contre lui, *tant de sa date que de son contenu :* donc il fait la même foi contre les successeurs ou *ayants cause,* contre ceux avec lesquels il a contracté depuis, lorsque l'objet des deux contrats est relatif au même immeuble. Les art. 1319 et 1322 ne sont, dans la réalité, que des conséquences bien déduites d'une très-ancienne règle de droit, qui est la source de leur disposition.

26. Mais qu'il me soit permis de demander à mon tour à Merlin où sont écrites l'interprétation restrictive et l'acception toute nouvelle qu'il donne au mot *ayant cause,* dans l'article 1322.

« C'est, dit-il, que ces termes : *entre leurs* » *héritiers et ayants cause,* ne peuvent pas être » séparés des précédents (entre ceux qui l'ont » souscrit). Ils se réfèrent donc, comme ceux-ci, » à un acte primitif, qui forme le titre com- » mun des *ayants cause* de ceux qui l'ont sous- » crit : ils ne se réfèrent donc nullement à un » acte postérieur et spécial à l'un de ces *ayants* » *cause.* »

J'ai quelque peine à saisir le sens de ce passage. L'art. 1322 dit que l'acte sous seing privé fait foi *entre ceux qui l'ont souscrit, et entre leurs héritiers et ayants cause,* comme l'acte authentique fait foi *entre les parties contractantes et leurs héritiers et ayants cause.*

Voilà donc trois classes de personnes entre lesquelles fait foi l'acte authentique ou sous seing privé :

1° Les parties contractantes, ceux qui l'ont souscrit. L'acte fait pleine foi entre eux et contre eux; mais on ne peut pas dire qu'à leur égard, l'acte se refère à un autre acte primitif antécédent.

2° L'acte fait foi entre leurs héritiers et contre leurs héritiers. On n'en peut douter; car ils représentent, à titre universel, celui qui l'a souscrit; ils sont censés être la même personne. Si donc le défunt avait vendu le fonds Cornélien par acte sous seing privé, cet acte ferait foi contre ses héritiers comme contre lui. Il ne peut s'élever de doute sur ce point. Or, remarquez qu'entre ces héritiers et l'acquéreur sous seing privé, il n'y a point de titre primitif autre que le contrat consenti par le défunt. Cet acquéreur est l'ayant cause de ce dernier à titre particulier; les héritiers le sont à titre universel; mais il n'existe point de titre commun entre eux et l'acquéreur. Ils tiennent leurs droits *ab eadem persona,* mais non pas *ex eodem contractu.* Les uns les tiennent de la loi, ou du testament qui les institue; l'acquéreur les tient du contrat consenti par le défunt.

3° Enfin, les art. 1319 et 1322 ajoutent que l'acte fait foi entre les *ayants cause* des parties contractantes ou de ceux qui l'ont souscrit. Or le premier acquéreur est l'ayant cause du vendeur : le second est également son ayant cause : l'acte doit donc faire foi entre eux; cela me paraît d'une évidence irrésistible.

27. Les ayants cause sont donc réellement, dans les articles cités, ceux qui tiennent leurs titres de la même personne, *qui causam et titulum habent ab eadem persona.*

C'est ainsi qu'on a toujours entendu le terme d'*ayants cause*, par opposition aux *tiers, penitus extranei*, dit Dumoulin, auxquels les actes authentiques ou sous seing privé ne peuvent préjudicier, à l'égard desquels ces actes sont *res inter alios acta, quæ tertio nec nocet, nec prodest.*

Le Code ne s'y est point mépris. Après avoir établi, dans l'art. 1322, que les actes sous seing privé font, entre les *ayants cause*, la même foi que l'acte authentique, il dit, dans l'art. 1328, par opposition aux *ayants cause,* qu'ils n'ont point de date assurée *contre les tiers*, quoique d'ailleurs ils fassent foi contre eux de la convention qu'ils renferment.

Le Code a donc fait, comme tous les anciens auteurs, la différence des *tiers* et des *ayants cause.* Si l'art. 1328 avait voulu refuser aux actes sous seing privé la force d'assurer la date, non-seulement contre les *tiers*, mais encore contre les *ayants cause*, qui ne doivent point cette qualité au même acte, il eût dit que les actes sous seing privé n'ont point de date assurée contre ceux qui ne les ont pas souscrits; car nous avons vu qu'il ne peut être constitué deux ayants cause d'une personne par un seul et même acte, à moins qu'ils ne le souscrivent.

28. Remarquez la série et la gradation des dispositions du Code sur la foi due aux actes :

1° L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, entre les parties contractantes et leurs héritiers ou leurs *ayants cause.* (Art. 1319.)

2° Il fait foi même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs (art. 1320), et par conséquent de sa date; mais les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un *commencement de preuve.*

3° L'acte sous seing privé, légalement reconnu, fait la même foi que l'*acte authentique*, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et *ayants cause.* (Art. 1322.)

4° A l'égard des *tiers*, manifestement opposés ici aux ayants cause, les actes sous seing privé ne font point foi de leur date par eux-mêmes (art. 1328), quoique, comme cet article le fait clairement entendre, et comme l'enseigne fort bien Merlin, ils fassent foi de la réalité de la convention qu'ils renferment.

29. Si l'on voulait prétendre que l'art. 1328 est une exception à l'art. 1322, et que le premier entend par *tiers* tous ceux qui n'ont pas souscrit l'acte sous seing privé, il faudrait supposer que les savants rédacteurs du Code n'ont pas entendu leur langue, et qu'ils ont ignoré le sens du mot *tiers*, qu'on a toujours, en jurisprudence, opposé aux *ayants cause*, lorsqu'il s'agit de la foi due aux actes. Dumoulin (1) les appelait *penitus extraneos.*

Voilà manifestement ce que notre art. 1328 appelle en français des *tiers*, à l'exemple des auteurs qui ont écrit depuis Dumoulin. On trouve, dans le passage cité, la même série qu'on remarque dans la disposition du Code, des per-

(1) In art. 5, *Antiq. Consuetud. Paris*, n° 10.
« Aut quæritur quoad jus et effectum actus gesti, et » tunc aut inter quos confectum est eorum hæredes vel » causam habentes in quantum causam habent, aut inter » penitus extraneos.
» In primo membro plene probat et præjudicat, ne» dum in tenore et dispositivis instrumenti, sed etiam » ennunciativis et quoad omnem solemnitatem, et præ» sumptionem resultantem ex instrumento et contentis » in eo, etc.
» Secundo membro, videlicet inter extraneos, et illis » non præjudicat, quia res inter alios acta non nocet, » nec obligat, aut facit jus inter alios, etc. »

sonnes entre lesquelles les actes font ou ne font pas foi :

1° Les contractants;

2° Leurs héritiers;

3° Les *ayants cause;*

4° Enfin, les tiers, *penitus extraneos.*

C'est dans Dumoulin que Pothier avait puisé la doctrine sur la foi due aux actes; doctrine érigée en loi par le Code, dont les rédacteurs ont, comme ces auteurs, parfaitement distingué les *tiers* des *ayants cause.*

C'est contre les *tiers* qu'ils ont, dans l'art. 1328, refusé aux actes sous seing privé la force de faire foi de leur date. S'ils avaient voulu étendre cette disposition aux ayants cause, ils n'auraient pas manqué de dire : « Les actes sous seing privé » n'ont point de date assurée contre ceux qui » ne les ont pas souscrits, etc. »

Mais cette disposition, qui se fût alors appliquée aux *ayants cause,* eût été contraire aux anciens principes universellement reçus, et à la règle : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* Or, c'est ce qu'ils n'ont point voulu faire; ils n'ont point voulu introduire une doctrine nouvelle, au préjudice de l'ancienne doctrine sanctionnée par le temps.

30. Avant de répondre aux abus que cette doctrine peut, prétend-on, occasionner, il faut répondre à une objection qu'on m'a souvent faite, que renouvelle Merlin, et qu'il tire de l'art. 1743 du Code, qui porte que l'acquéreur peut expulser le fermier ou le locataire qui n'a pas un bail authentique, ou dont la date soit certaine. Cependant, l'acquéreur et le fermier sont l'un et l'autre les ayants cause du vendeur, à la vérité en vertu de deux contrats différents : donc l'acquéreur n'est pas l'ayant cause du vendeur dans le sens de l'art. 1322.

Je réponds que ce raisonnement pèche, en ce qu'il conclut du particulier au général. L'article 1322 établit pour règle générale que l'acte privé fait foi contre les ayants cause des contractants qui l'ont souscrit; mais cette règle générale a ses exceptions, comme toutes les autres règles; et l'on sait que les exceptions, loin de détruire la règle, la confirment à l'égard des cas non exceptés : *Exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis.* (Bacon, *de Just. univers.*, aph. 17.)

L'art. 1743 contient une exception à la règle générale, établie par l'art. 1322. Cela est certain; mais cette exception même prouve l'existence de la règle; car s'il était vrai que l'acquéreur et le fermier ne fussent pas les ayants cause du vendeur; s'il était vrai qu'en général les actes sous seing privé ne fissent pas foi entre les ayants cause du vendeur, qui ne doivent pas leur qualité au même acte, il eût été parfaitement inutile de dire, dans une disposition particulière et expresse, que le bail sous seing privé, qui n'a pas de date certaine, ne peut être opposé à l'acquéreur; ainsi, l'objection se retourne en ma faveur. Cette réponse est si naturelle, si simple et si vraie, que je suis étonné qu'elle me soit échappée dans mon tome 4 (VIII, éd. fr.), page 327, où j'en ai donné une insuffisante.

Il n'est point, en effet, de règle qui n'ait ses exceptions. En règle générale, les actes sous seing privé, légalement reconnus ou tenus pour tels, ont, entre ceux qui les ont souscrits, la même force que les actes authentiques. Cependant combien d'exceptions à cette règle! Les donations, les contrats de mariage, les contrats de société, etc., n'ont aucune force, même entre les parties contractantes, s'ils ne sont pas authentiques. De ces nombreuses exceptions pourrait-on conclure que les actes sous seing privé ne font pas foi entre les parties? Non, certes; il n'en reste pas moins assuré qu'en règle générale, toutes les conventions, tous les contrats sous seing privé, ont, entre les parties, la même force que des actes authentiques, dans tous les cas non exceptés par la loi, dans tous les cas où elle n'exige pas un acte authentique.

De même l'art. 1322 pose, en règle générale, que les actes sous seing privé font pleine foi entre ceux qui les ont souscrits, entre leurs héritiers et leurs ayants cause, au nombre desquels sont les fermiers ou locataires. Si l'on suivait la règle générale, ces derniers pourraient opposer à l'acquéreur des baux sous seing privé, consentis par le vendeur antérieurement à la vente; mais l'art. 1743 porte, par exception, qu'ils ne le peuvent pas, et que l'acquéreur peut les expulser, si le bail n'a pas une date certaine. Cette exception n'en laisse pas moins subsister la règle générale pour les cas non exceptés. Cela me paraît évident.

31. Il me reste à répondre, non pas à une objection, mais à une considération qui a fait beaucoup d'impression sur Merlin. C'est elle qui paraît l'avoir déterminé à déployer toutes les ressources de son esprit pour essayer de trouver au mot *ayant cause,* dans l'art. 1322, une autre acception que celle que l'usage a consacrée depuis des siècles. Cette considération est le danger d'accorder aux actes sous seing privé la force de faire foi entre les *ayants cause* de ceux qui les ont souscrits. Cette doctrine a des inconvénients. Un jeune professeur (Ducaurroy), à qui je répondrai bientôt, va jusqu'à dire qu'*elle ébranle toutes les propriétés*, parce qu'on peut en abuser, en remontant de date un acte sous seing privé.

Sans doute, on peut en abuser, et de quoi n'abuse-t-on pas? Mais d'abord il n'y a pas de raisonnement plus vicieux, dit fort bien Ducaurroy, *que celui par lequel on argumente contre une loi positive des abus que produirait son exécution.* Il ne s'agit donc pas de savoir s'il peut naître des abus de la règle que les actes sous seing privé font foi entre les *ayants cause*

des souscripteurs, mais de savoir si cette règle est réellement établie par l'art. 1322. Or, c'est ce que je crois avoir prouvé, et même démontré.

Voyons cependant s'il est vrai que cette règle entraîne des abus si grands, qu'elle ébranle toutes les propriétés. Comment les ébranle-t-elle? Parce qu'on peut remonter de date un contrat sous seing privé, pour lui donner la priorité sur un contrat authentique. Soit : cela est possible; mais d'abord il est également possible qu'un vendeur de mauvaise foi, après avoir vendu sous seing privé, vende une seconde fois par contrat authentique; et si la seule authenticité suffit pour lui donner la préférence, vous sacrifiez évidemment les droits du premier acquéreur, qui n'a commis aucune faute. L'article 1582 lui permettait d'acquérir par acte authentique ou sous *seing privé*. Il peut donc y avoir fraude et abus dans l'un et l'autre cas; mais il est bien rare qu'il n'y ait pas des circonstances qui décèlent de quel côté est la fraude, qu'on peut prouver même par des présomptions. C'est ce que n'ont point assez considéré ceux qu'effrayent les abus que peuvent produire les actes sous seing privé.

Titius me vend le fonds Cornélien par acte authentique; il l'avait vendu, il y a plus d'un an, à Caïus, par acte sous seing privé. Je forme contre lui l'action en revendication. Il m'oppose son contrat. Je lui réponds que la date n'en est pas certaine, et que je ne suis pas obligé d'en reconnaître la signature.

Il me réplique, avec l'art. 1322, que l'acte sous seing privé fait pleine foi de tout son contenu, et, *par conséquent, de la date qu'il énonce*, entre les ayants cause du vendeur; que son contrat est d'autant moins suspect, qu'il est en possession depuis plus d'un an, avant la date du mien; que l'acte fut passé en présence de son conseil et de celui de Caïus; qu'ils sont encore vivants, et qu'ils ont tous deux signé l'acte; qu'il offre de faire vérifier la signature, conformément à l'art. 195 du Code, tant par experts que par témoins. En effet, ces témoins attestent unanimement qu'ils étaient présents lorsque Titius a signé l'acte de vente dont il s'agit, tel jour, tel mois, telle année, en telle maison; qu'ils en signèrent même les deux doubles, comme conseils et amis. D'autres témoins attestent que Caïus est entré en jouissance à telle époque, fixée par l'acte de la vente. Y a-t-il prétention plus juste et plus raisonnable que celle de Caïus? Y a-t-il vérité mieux démontrée que la priorité de son contrat? Quel tribunal balancerait à lui donner la préférence, en lisant l'art. 1322, qui veut que l'acte sous seing privé fasse foi entre les ayants cause de souscripteurs, et en voyant toutes les circonstances qui écartent jusqu'au soupçon de fraude?

Rien donc de plus sage que l'art. 1322, qui permet d'opposer aux ayants cause les actes sous seing privé, passés par leur auteur commun, sauf aux magistrats à juger s'ils sont ou non frauduleux, en cas que la fraude soit alléguée.

Ajoutons : Rien de plus conforme à l'ancienne doctrine, car cette disposition n'est pas de droit nouveau; elle est tirée de Pothier, qui n'était pas un novateur, et qui enseigne, n° 745, comme un point de droit ancien, que « les actes sous » signatures privées ordinaires font la même foi » contre ceux qui les ont souscrits, leurs héri- » tiers ou successeurs, que les actes authenti- » ques. » C'est une conséquence de la règle de droit : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.*

Pourquoi donc porter la défiance contre les actes sous seing privé, jusqu'à vouloir renverser un principe que nous a transmis la sagesse des temps, et que le Code a conservé et consacré?

32. Bien plus : Merlin enseigne, il regarde même comme un vice de rédaction dans l'art. 1322 de ne l'avoir pas dit expressément, que les actes sous seing privé font foi même contre les tiers de la convention qu'ils renferment. C'est aussi la doctrine de Pothier, et personne n'en doute. C'est par cette raison qu'on les a toujours regardés comme un titre suffisant pour la prescription de dix et vingt ans. Voici comme s'exprime, à cet égard, dans son *Traité de la Prescription*, n° 99, Pothier, cet auteur dont l'esprit et souvent même les expressions ont passé dans le Code :

« Si la vente de l'héritage au possesseur, ou » tout autre juste titre d'où procède sa posses- » sion, avait été fait par *un acte sous signature* » *privée*, le possesseur justifierait suffisamment » de ce titre, par le rapport de l'acte sous signa- » ture privée qui en a été passé.

» Mais comme les écritures privées font pleine » foi, même contre les tiers, que *les actes qu'elles* » *contiennent sont intervenus*, mais ne font pas » également foi contre les tiers du temps auquel » ils sont intervenus, à cause de la facilité qu'il » y a de les antidater, comme nous l'avons vu » en notre *Traité des Obligations*, n° 749, le » possesseur qui a justifié du titre d'où sa pos- » session procède, par le rapport de l'acte sous » signature privée qui en a été passé, doit d'ail- » leurs prouver par témoins le temps qu'a duré » sa possession, qui a procédé de ce titre. C'est » la disposition d'un arrêt du 29 novembre 1716, » qui se trouve au 6e vol. du *Journal des Au-* » *diences*. »

Cet arrêt fut rendu conformément aux conclusions de l'avocat général Joly de Fleury, magistrat sévère et très-éclairé, qui n'était pas homme à favoriser une doctrine subversive des propriétés.

Le Code n'a rien que de conforme à cette ancienne jurisprudence. L'art. 2265 n'exige pour la prescription qu'un *juste titre;* il porte : « Ce- » lui qui acquiert de bonne foi et par *juste titre*

» un immeuble en prescrit la propriété par dix » ans, etc. »

Ainsi, sous l'empire du Code, comme auparavant, les actes sous seing privé font foi de la convention qu'ils renferment, même *contre les tiers*, et peuvent en conséquence servir de titre à la prescription, en prouvant par témoins que la possession remonte à dix ou vingt ans antérieurs.

Si telle est la force des actes sous seing privé, même contre les tiers, doit-on s'étonner que l'art. 1322 leur en accorde plus entre les *ayants cause*, et qu'il donne à ces actes, conformément à l'ancienne jurisprudence attestée par Pothier, la force de faire, entre les *ayants cause* de ceux qui l'ont souscrit, la même foi que les actes authentiques? Ainsi, les actes sous seing privé font foi de tout leur contenu, même de leur date, entre les ayants cause des souscripteurs ; mais contre les tiers, ils ne font foi que de la convention qu'ils renferment, et non du temps où elle a été passée. Ils n'ont point de date assurée.

33. Que deviennent donc, quand on les approfondit, ces préventions contre les actes sous seing privé, ces frayeurs paniques des abus qu'ils peuvent produire, et que l'on exagère pour essayer de détruire des principes si anciens et si raisonnables, consacrés par le Code civil? Les abus de l'authenticité attachée aux actes notariés ne sont pas moins fréquents; ils sont plus dangereux, parce qu'ils ne peuvent guère être réparés que par la voie périlleuse de l'accusation de faux, qu'on ne se détermine à prendre qu'avec beaucoup de peine. La vérité me force de dire que j'ai personnellement vu plus d'abus provenus de l'authenticité attachée aux actes notariés (1), que des actes sous seing privé. L'authenticité des actes notariés n'en est pas moins un principe salutaire, qu'il ne faut jamais ébranler. On peut seulement désirer dans les magistrats plus de fermeté, plus de vigilance et de sévérité, à faire observer les sages lois sur le notariat.

En lisant la dissertation de Merlin que je viens d'examiner, j'ai d'abord éprouvé ce que j'éprouve toujours quand je ne me trouve pas d'accord avec lui, une grande défiance de moi-même, et la crainte de m'être trompé; mais aussi quand un examen approfondi m'a fait découvrir la faiblesse de ses raisons, j'en demeure beaucoup plus ferme dans mon opinion. Il ne me reste plus de doutes. Je tiens pour certain que nul autre ne parviendra à trouver des moyens plus forts de me combattre, encore moins à les présenter avec autant d'habileté (2).

34. Un jeune professeur de Paris, Ducaurroy, qui donne des espérances, mais dont les connaissances ne sont point encore mûries par cette profonde méditation, par cette longue expérience des affaires, qui seules forment le vrai jurisconsulte, a aussi attaqué l'explication que j'ai donnée de l'art. 1322. Il est vraiment à regretter qu'avant d'écrire sa dissertation, il n'ait lu ni celles de Merlin, ni aucun de nos recueils de jurisprudence, qui expliquent la nature et nous donnent la définition des *ayants cause*. Il en est arrivé que, sans même soupçonner que j'avais simplement suivi l'ancienne doctrine, et l'acception du mot *ayant cause*, consacrée depuis des siècles, il s'est allé mettre dans l'esprit que je me frayais *une route tout à fait nou-*

---

(1) En voici un exemple récent.

Quelques biens de campagne étaient indivis entre plusieurs propriétaires, les uns majeurs, et parmi eux une femme non mariée, les autres mineurs, les autres absents. Les majeurs voulaient vendre à un acquéreur qui se présentait, mais qui voulait le tout. La femme se refusait à vendre. Un notaire de campagne, consulté par les premiers, trouva moyen de se passer d'elle. Il fixa le jour et le lieu de la passation du contrat. L'acquéreur et les vendeurs majeurs s'y rendirent. La femme même y alla, pour déclarer au notaire qu'elle ne voulait pas vendre. Il la reçut mal ; elle se retira, et, après son départ, il rédigea un contrat de vente, dans lequel non-seulement il employa son nom comme venderesse, mais de plus il lui fit déclarer qu'elle garantissait personnellement la validité de la vente pour les mineurs et pour les absents, et finit par rapporter qu'elle avait déclaré ne savoir signer.

Elle eut connaissance de cet acte, s'en plaignit, en assurant qu'elle savait signer.

On lui conseilla la voie du faux, en commençant par retirer une expédition du contrat. Le notaire la refusa très-durement. On lui rédigea une requête qu'elle signa, et au pied de laquelle elle obtint, du président d'un tribunal civil, l'injonction au notaire de délivrer une expédition de l'acte.

En voyant cette requête, le notaire eut l'imprudence de menacer la femme de la faire punir, pour lui avoir déclaré qu'elle ne savait pas signer, quoiqu'elle le sût faire.

Qu'en arriva-t-il? Ce notaire avait de la famille et quelques entours ; les conseils furent faibles ; il s'agissait de faire condamner le notaire aux fers. On effraya la femme, et au lieu de suivre l'affaire, on la fit consentir à recevoir non-seulement sa portion du prix de la vente, mais encore celle des mineurs et des absents, pour lesquels l'acte faisait garantir la vente valable.

Le ministère public demeura muet : peut-être n'eut-il pas connaissance du fait.

Les notaires de la ville voisine furent émus d'indignation. Des intrigues empêchèrent la délation du fait à la chambre de discipline. Le crime est resté impuni, et le coupable continue d'exercer ses fonctions.

Je prie le lecteur d'être persuadé que je n'étais pas du nombre des conseils de la femme. Si je l'avais été, très-certainement le crime eût été dénoncé et suivi.

Voy. aussi ce que j'ai dit, t. 3 (V, éd. fr.), n° 64 à la note, des abus que l'on peut faire des actes notariés.

(2) Merlin revient sur cette controverse dans la 4e édition des *Questions de droit*, et cite, outre l'arrêt de la cour de Bruxelles du 15 novembre 1809, un arrêt de la cour de Nîmes du 11 février 1822, et deux arrêts de la cour de cassation de France du 27 mai 1823 et du 20 février 1827 qui ont condamné la doctrine de Toullier.

velle (p. 55), et que je créais une définition pour créer ce qu'il appelle mon système. « Il a « suffi, dit-il, à Toullier, d'une définition. »

La voici cette définition : « L'ayant cause, di- » sais-je, tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 245, est ce- » lui à qui les droits d'une personne ont été » transmis à titre particulier, comme par legs, » donation, vente, échange, etc. On oppose » communément le titre d'héritier au titre » d'*ayant cause*, comme le fait l'art. 1322. » Ainsi, l'acquéreur, le donataire, etc., sont les » ayants cause du vendeur. On doit donc, » ajoutais-je, leur appliquer la disposition de » l'art. 1322, et non celle de l'art. 1328. »

35. C'est cette disposition par laquelle je me suis, selon Ducaurroy, frayé *une route tout à fait nouvelle*. Eh bien ! qu'il se donne la peine d'ouvrir l'un de nos plus anciens dictionnaires de droit, celui de Ferrière, il y lira :

« Les *ayants cause* sont ceux qui représen- » tent quelqu'un et tiennent leur droit de lui, » directement, ou indirectement, autrement » néanmoins que par succession. Un homme » stipule pour lui, ses hoirs *ou ayants cause*. » Par le terme d'hoir, on entend les *héritiers*; » par le terme d'*ayant cause*, on entend tous » ceux qui pourront le représenter à autre » titre, soit de *legs*, *donation*, *acquisition*, » *échange*, etc. »

Que Ducaurroy consulte encore les Recueils intermédiaires de jurisprudence par alphabet, et enfin le dernier de tous, mais le plus consulté, parce qu'il a pour auteur un jurisconsulte aussi célèbre chez l'étranger qu'en France, le *Répertoire*; il y lira, au mot *Ayant cause* : « On désigne ainsi celui auquel les droits d'une » personne ont été transmis par legs, donation, » vente, échange, etc. »

Qu'il ouvre enfin le *Traité des obligations* de Pothier, devenu classique depuis si longtemps, il y lira, n° 67 : « Ce que nous stipulons » par rapport à une chose qui nous appartient, » nous le pouvons valablement stipuler pour » tous nos *successeurs à titre particulier* à » cette chose, *lesquels sont compris* sous le » terme d'*ayants cause*, etc. »

Cette définition, qui n'a jamais varié, est aussi ancienne que la doctrine sur la foi due aux actes; doctrine que le Code, qui l'a consacrée, trouva établie dans Pothier, lequel l'avait lui-même puisée dans Dumoulin, où l'on trouve l'expression d'*ayants cause*, *causam habentes*, employée précisément dans le même sens qu'on lui a toujours donné depuis, pour désigner les successeurs à titre particulier, par opposition aux héritiers ou successeurs à titre universel.

36. Il ajoute ces mots, *in quantum causam habent*, qui ne laissent pas de doute que ce ne soit des successeurs à titre particulier qu'il parle, pour les opposer aux héritiers qui succèdent *in omnem causam et jus defuncti*.

Ainsi, suivant Dumoulin, l'acte a la même force entre les contractants, *inter quos confectum est*, entre leurs héritiers ou successeurs à titre universel, *in omnem causam*, et enfin entre leurs *cause ayants*, ou successeurs à titre particulier, *causam habentes, in quantum causam habent*.

Voilà précisément la doctrine enseignée par Pothier, d'après Dumoulin, et définitivement érigée en loi par le Code. L'acte authentique fait foi, dit l'art. 1319, « entre les parties contrac- » tantes, et leurs héritiers ou *ayants cause*. »

« L'acte sous seing privé, ajoute l'art. 1322, » reconnu par celui auquel on l'oppose, ou » légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux » qui l'ont souscrit et leurs héritiers et *ayants* » *cause*, la même foi que l'acte authentique. »

Nous avons ci-dessus remarqué que cette disposition de la loi est une conséquence de la maxime : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit*. (L. 143, ff. *de reg. jur.*)

L'acte authentique et l'acte sous seing privé ont donc la même force, tant entre les contractants qu'entre leurs héritiers et leurs *ayants cause*; ils font l'un et l'autre, suivant les articles cités, pleine foi de tout ce qu'ils contiennent, et par conséquent de la date qu'ils énoncent. Ducaurroy (1), page 52, en convient, ainsi que Merlin.

37. J'en ai conclu qu'entre deux acquéreurs qui ont acquis le même fonds de Caïus, l'un le 1er janvier, par acte en bonne forme, mais sous seing privé; le second, par acte authentique, le 1er mars suivant, le premier acquéreur doit être préféré.

38. Si l'on en croit notre jeune professeur, cette conséquence a étonné *l'école et le palais*; elle est ce qu'il appelle un système dangereux, qu'il croit devoir combattre; et comment le combat-il? En se frayant lui-même une route *tout à fait nouvelle*; en créant, pour la substituer à l'ancienne, une définition des ayants cause, diamétralement contraire aux notions que nous en donnent les jurisconsultes anciens et modernes, en soutenant, avec une rare intrépidité, que les acquéreurs ne sont pas les *ayants cause* du vendeur. Mais comme il a fort bien senti la nécessité de fixer le sens de ce mot dans l'art. 1322, *il se croit fondé à voir, dans les ayants cause* dont parle cet article, des successeurs à titre universel : « Ce sont, dit-il, des » ayants cause proprement dits, parce qu'ils ont » *universam causam*. Tels sont les successeurs » irréguliers, c'est-à-dire l'enfant naturel, le » conjoint survivant et l'État, auxquels la loi » transmet les biens, sans leur accorder ni la » saisine, ni le titre d'héritier légitime. Tels

(1) Dissertation insérée dans la *Thémis*, t. 5, p. 45, 3e part.

» sont les donataires des biens à venir, les lé-
» gataires à titre universel; tels sont les pa-
» rents envoyés en possession des biens d'un
» absent.»

C'est cette définition des ayants cause que Ducaurroy appelle *sa solution définitive;* il s'en applaudit, et il a raison. C'est une création de son esprit; elle est tout à fait nouvelle, et dans une opposition complète à celle des jurisconsultes de tous les âges, qui ont toujours enseigné que les ayants cause sont opposés aux successeurs à titre universel. Peut-être, s'il se fût donné la peine de les consulter, notre jeune et savant professeur aurait-il hésité à contrarier leur doctrine avec tant d'assurance. La réflexion lui eût fait apercevoir que sa nouvelle doctrine va le jeter dans un terrible embarras.

39. Car enfin, s'il est vrai que les *ayants cause* ne sont que les successeurs à titre universel, et qu'on n'y doit pas comprendre les successeurs à titre particulier, tels que les acquéreurs, donataires, etc., il en résultera, par une conséquence nécessaire, que les actes, tant authentiques que sous seing privé, faits par leurs auteurs, ne font point foi contre ces successeurs particuliers. Ducaurroy osera-t-il se résoudre à soutenir cette thèse au nom de l'école et du barreau de Paris?

Nos législateurs avaient à décider, par voie d'autorité, la question, si importante dans la vie civile, de savoir à qui les actes peuvent être opposés, entre quelles personnes ils font foi. C'est, disent les art. 1319 et 1322, entre les parties contractantes, entre leurs héritiers et entre leurs *ayants cause.*

Telles sont donc les seules personnes entre lesquelles les actes font pleine foi, selon le Code. Or, si, comme le prétend Ducaurroy, les successeurs particuliers, les donataires, les acquéreurs, ne sont pas compris dans l'expression d'*ayants cause,* il en résulte contre l'ancienne doctrine, universellement enseignée jusqu'à ce jour, que les actes, authentiques ou non, passés par leurs auteurs, ne font point foi contre les successeurs particuliers.

Ducaurroy aura donc à soutenir cette thèse, ou à rétracter *sa solution définitive* et sa nouvelle doctrine.

40. Il promet une analyse plus générale de mon ouvrage, dans le même esprit qui a guidé sa dissertation; mais il attend, dit-il, à voir le parti que j'aurai pris sur le *Traité des contrats* de Duranton (1), qu'il a choisi pour son partenaire. Mon parti est tout pris sur cet ouvrage : j'en profiterai quand j'y trouverai à profiter. C'est ce que doit faire tout homme qui cherche la vérité de bonne foi. Lorsque je croirai y apercevoir des erreurs préjudiciables, je les combattrai à l'occasion : c'est encore un devoir pour moi; je le remplirai toujours avec tous les égards dus à la personne de l'estimable auteur.

Je préviens ces messieurs, en finissant, que je ne répondrai plus à leurs critiques. J'ai, pour le genre polémique, une aversion presque insurmontable, et mon âge m'avertit que je ne dois pas me commettre avec deux athlètes jeunes et vigoureux, qui entrent dans la carrière quand je suis près d'en sortir, et qui peut-être n'étaient pas nés quand j'eus le malheur, il y a plus de quarante-quatre ans, de me vouer à l'enseignement de la jurisprudence (2).

(1) Il y a quelque chose d'injuste dans cette attaque de Toullier contre Duranton, car ce savant professeur, dont le *Cours de droit français* restera comme un monument élevé à la science, a toujours montré la plus haute déférence pour Toullier, et n'a examiné ses opinions qu'avec toute la réserve que lui imposaient la réputation si justement acquise et le savoir immense de l'auteur du *Droit civil.*

(2) Ducaurroy a répliqué à Toullier dans le 5e volume de la *Thémis,* page 6. On trouve dans le même volume, page 18, une note d'un anonyme sur le sens de l'expression *ayant cause;* cette note, dit Merlin, dissipe tous les doutes. (*Questions de droit,* t. 16, p. 8.)

FIN DU TOME ONZIÈME DE L'ÉDITION FRANÇAISE.

LE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE V.

DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. Transition.
2. Nécessité de régler d'avance les droits des époux sur leurs biens présents et futurs.
3. Le droit naturel ne donne sur ce point que des lumières insuffisantes. Une société de biens entre les époux n'est point nécessaire pour remplir le but du mariage.
4. Cependant la vie commune y conduit naturellement. Les Romains le reconnaissaient; mais ils pensaient que la loi ne peut ordonner ces mêmes usages sur les mariages. Sans une convention contraire, les biens des époux demeuraient séparés. Le mari n'avait de droits que sur les biens dotaux.
5. État de la législation en France sur ce point avant le Code. Son territoire était partagé entre le régime de la communauté et le régime dotal.
6. Difficultés qui s'élevèrent au conseil d'État à l'occasion du projet de Code, qui avait constitué le régime de la communauté, et non le régime dotal.
7. Il fut enfin constitué dans un nouveau projet, qui permit même d'opter entre les deux régimes.
8. Mais faute d'option, on est censé choisir le régime de la communauté.
9. Division de la matière.

1. Après avoir tracé les règles générales des obligations conventionnelles; expliqué comment elles se forment, s'éteignent et se prouvent; posé ensuite les principes généraux des engagements sans convention, le Code passe aux règles particulières à certains contrats, et commence, dans ce titre 5, par le plus important de tous ceux qui ont les biens pour objet, par celui qui établit les droits respectifs des époux, tant sur les biens que chacun d'eux possède, que sur ceux qu'ils peuvent acquérir pendant la durée de leur union; droits qu'ils sont libres d'établir et de régler comme bon leur semble, par leur contrat de mariage, mais qu'à défaut de conventions spéciales la loi a eu la sage prévoyance de régler.

2. Le contrat par lequel l'homme et la femme s'unissent pour toujours, dans la vue de pro-

créer des enfants et de les élever, en un mot le contrat de mariage proprement dit (1), qui unit les personnes des époux, est sans doute le premier des contrats, dans l'ordre de la nature et dans l'ordre civil ; il est nécessaire pour remplir le but de la création, la propagation du genre humain. Il donne naissance aux familles, dont la réunion forme l'Etat, et en perpétue la durée, par les générations qui se succèdent de siècles en siècles.

Mais ce contrat auguste, institué, commandé même par l'auteur de la nature, n'ayant pour objet que l'union ou la société des personnes, abstraction faite des biens, ne suffit point, surtout depuis l'établissement de la propriété permanente, pour assurer la paix des familles. Chacun des époux a ou peut avoir des biens avant le mariage; ils peuvent en acquérir depuis, soit par succession ou donation, soit par une collaboration commune, soit par une industrie particulière et par le produit de leurs économies. Or, à qui appartiendront les biens? Comment seront-ils régis pendant le mariage? Que deviendront-ils après sa dissolution? Ces questions, et une infinité d'autres, qui en dérivent ou peuvent en dériver, ne sauraient demeurer indécises, sans occasionner des contestations entre le survivant des époux et les enfants, ou, à leur défaut, les héritiers collatéraux du prédécédé. Ces questions peuvent même intéresser des tiers, tels que les créanciers des époux. La sagesse prévoyante du législateur doit donc prévenir ces contestations, autant qu'il est possible, en établissant d'avance, par des lois claires et positives, des règles de décision dont l'application et les conséquences puissent guider le magistrat.

3. Car ce droit immuable et naturel, la première des lois, le supplément nécessaire de toutes les lois positives, ne nous donne sur ce point que des lumières insuffisantes. Il peut seulement, en ce qui concerne les droits des époux sur les biens, nous faire voir quels sont, chez les différents peuples, les dispositions législatives et les usages qui s'écartent plus ou moins de la droite raison et de l'équité, ou qui s'y trouvent entièrement contraires ; mais non pas nous montrer, d'une manière précise, s'il faut ou non établir entre les conjoints une société de biens, quelles en doivent être les conditions et comment elle doit être composée. La raison, d'accord sur ce point avec la législation, nous dit même qu'une société de biens quelconque n'est point nécessaire entre les deux époux pour remplir le but du mariage, et que la société des personnes peut exister sans la société des biens (2).

Sans doute il est de l'essence du mariage que les époux vivent en commun : c'est une société de personnes contractée pour toute la vie (3). La religion, les lois et la raison, enseignent également cette doctrine; mais cette société, d'où naît entre les époux l'union la plus intime qui puisse exister entre deux êtres créés, n'empêche point qu'il ne reste deux personnes réellement distinctes (4), qui peuvent avoir et qui ont en effet des intérêts séparés. Il est donc constant que la société de biens entre époux n'est point la suite nécessaire de la société des personnes : ce n'en est qu'un accessoire dont elle peut se passer.

4. Il est cependant vrai que cette union si intime des époux, cette société de personnes, qui ne doit finir qu'avec leur vie, au moins dans le vœu des contractants et dans le vœu de la loi, conduit assez naturellement à confondre leurs biens, au moins quant à l'administration. Il est, certes, convenable que la femme qui confie sa personne à son mari lui confie également l'administration de ses biens. Les législateurs romains le reconnaissent expressément ; mais leur prudence circonspecte ne leur permit pas de penser qu'il fût au pouvoir de la loi de l'ordonner, sans le consentement de la femme : *Quamvis enim bonum erat mulierem, quæ seipsam marito committit, res etiam ejusdem pari arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.* (L. 8, Cod., *de pactis conventis*, etc., 5, 14.)

Il fallait donc une convention (5) pour donner au mari des droits sur les biens de la femme,

(1) Ce mot a deux significations qu'il ne faut pas confondre. Tantôt on l'emploie pour signifier la convention par laquelle se forme l'union conjugale. C'est en ce sens que Pothier, écrivant sur le mariage, a intitulé son *Traité du contrat de mariage*.

Tantôt il signifie, comme dans la rubrique de ce titre, l'acte qui contient les conditions civiles du mariage, relativement aux biens que les époux possèdent au moment du mariage, ou qu'ils pourront acquérir depuis.

Le premier de ces contrats a pour objet l'union des personnes : le second, qui n'en est qu'un accessoire, a pour objet les droits des conjoints sur leurs biens présents ou futurs.

(2) C'est un point reconnu même par les auteurs qui ont montré le plus de penchant à faire dériver la société de biens entre époux, de l'indissolubilité du mariage. *Voy.* Nougarède, *Lois du mariage*, p. 534, 535. *Voy.* aussi le discours du tribun Siméon, sur ce titre, dans Locré, édit. Tarlier.

(3) « Viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. » Instit., *de patria potestate*, § 1, 1, 9. Consortium omnis, 1, ff. *de ritu nupt.*, 23, 2.

(4) Les lois anglaises, à la différence des lois romaines, ne considèrent les deux époux que comme une seule personne, et elles portent si loin l'effet de cette fiction, que la propriété des biens mobiliers de la femme (*personal chattels*) passe de plein droit, par la seule action de la loi, sur la tête de son mari, au moment du mariage. *Voy.* Blackstone, *Commentaries*, etc., book 2, chap. 29 *of title of succession, marriage*, etc., t. 2, p. 433, édition in-8°, Londres, 1783. *Voy.* aussi t. 1, p. 444.

(5) *Voy.*, outre la loi citée, Finestrès, *de Jure dotium*, p. 104 ; le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Dot*, § 2,

même celui de les administrer et d'en employer les revenus aux dépenses communes du ménage. Faute de cette convention, les biens des époux demeuraient entièrement séparés. La femme conservait non-seulement la propriété, mais encore l'administration et la disposition des siens. Le mariage seul et par lui-même, le mariage du droit des gens, qui ne consiste que dans le seul consentement des parties, ne conférait aucun droit au mari sur les biens de sa femme, s'il n'était accompagné ou suivi de certaines formalités, de certains rites accessoires, qui, d'ailleurs, n'étaient point nécessaires à sa validité, mais qui étaient indispensables pour faire passer sa personne et ses biens *in manum mariti*.

Telles sont la confarréation, la coemption, auxquelles il faut ajouter la prescription ou l'usage, *usus*. La confarréation était un genre de sacrifice dans lequel on employait un gateau de farine, d'où il tirait son nom. La coemption était une vente imaginaire par laquelle le mari était censé acheter sa femme, et la femme acheter son mari. Enfin, l'usage ou la prescription, *usus*, était un moyen par lequel le mari était censé avoir acquis sa femme par prescription, si elle ne l'avait pas interrompue chaque année, en allant trois nuits de suite coucher ailleurs que chez son mari.

Cette prescription, établie par la loi des Douze Tables, fut abolie tant par des lois postérieures que par désuétude (1).

La confarreation devint tellement rare qu'on se plaignait, du temps de Tacite, de la difficulté de trouver des enfants nés d'un mariage par confarréation, seuls capables d'occuper certaines charges publiques, telles que celles de pontifes.

On introduisit généralement l'usage des dots, qu'on regarde en quelque sorte comme le prix au moyen duquel les femmes achetaient leurs maris (2), mais qui n'étant point un mode de faire passer la femme *in manum mariti*, lui conservait la propriété et même l'administration et la disposition de ses autres biens.

Les lecteurs qui voudront connaître plus particulièrement tous ces anciens usages des Romains sur les mariages pourront consulter les savants qui en ont traité *ex professo* avec beaucoup d'érudition (3), sans néanmoins être parvenus à dissiper toutes les obscurités d'une matière qui n'est plus pour nous qu'un objet de pure curiosité, et qui ne peut servir qu'à l'éclaircissement de quelques passages obscurs des auteurs latins, sans aucune espèce d'utilité pour l'intelligence ou le perfectionnement de notre législation.

Mais ils peuvent nous indiquer aussi pourquoi le régime des dots prévalut et devint si général : c'est que, d'un côté, il ne faisait point passer *in manum mariti* les femmes naturellement jalouses de leur liberté (4), et que, de l'autre côté, les maris y trouvaient leur compte en se faisant donner des dots considérables. Quoi qu'il en soit, nous croyons, nous, qu'il était seul en usage longtemps avant Justinien. Ce régime passa dans les Gaules avec le droit romain ; et, avant la promulgation du Code civil, il était depuis bien des siècles suivi dans nos provinces, appelées de droit écrit, par la raison que le droit romain y avait force de loi. C'est de là qu'en y faisant les changements jugés nécessaires, le Code a tiré ses dispositions sur le *régime dotal*, que nous expliquerons *infra*, chapitre 2.

5. Dans le reste de la France, à très-peu d'exceptions près, par un usage dont l'origine semble antérieure au berceau même de la monarchie, le mari, à moins qu'il ne fût intervenu une convention contraire, avait l'administration de tous les biens immeubles que la femme possédait au moment du mariage. Quant à ses meubles et aux biens meubles ou immeubles acquis depuis par l'un ou l'autre des conjoints, autrement que par succession, le mari en avait la propriété pendant le mariage, comme nous le verrons bientôt, sans pouvoir néanmoins en disposer par acte de dernière volonté. La femme n'y avait qu'un droit éventuel, qui ne devenait actuel qu'à la dissolution du mariage, époque, à laquelle ils étaient partagés par moitié entre elle et les héritiers directs ou collatéraux du mari, ou entre ceux-ci et l'épouse survivante. C'est ce qu'on appelle *le régime en communauté*.

Les coutumes avaient donc établi entre les époux une communauté de biens légale, quoique éventuelle, à laquelle néanmoins ils pouvaient déroger comme bon leur semblait par leur contrat de mariage. Ainsi, le principe proclamé par le droit romain, que c'est essentiellement la volonté des contractants qui doit seule régler les conventions matrimoniales avec une entière liberté, n'était point violé par cet établissement. La coutume présumait seulement que la volonté des époux qui n'avaient point dérogé à sa disposition avait été de vivre sous le régime de la communauté. Tel était l'état de notre législation à l'époque où l'on s'occupa du

---

nº 12, 4e édition ; Nougarède, *Lois du mariage*, p. 481, § 2.

(1) *Voy*. Heineccius, *Antiquit. rom*., lib. 2, tit. 8, à la note.

(2) *Voy*. Gaïus, liv. 1, nº 11, de l'édit. de Vérone.

(3) *Voy*. Heineccius, *Antiquit. rom*., *juxta ordinem Instit*., lib. 1, tit. 10 ; Brissonius, *de Ritu nupt*., de l'édition de Trekel, 1747 ; Hotomannus, *de Ritu nupt. et jure connub*. ; et surtout Thomasius, *de Usu practico doctrinæ* Instit., *de nupt*., dissert. 103, t. 3, p. 721.

(4) Il est certain que les femmes qui n'étaient point *in manum mariti* étaient plus indépendantes que sous aucun autre système de législation.

grand projet d'un code de lois uniforme pour toute la France. Son territoire était partagé entre le régime de la communauté et le régime dotal.

6. Le projet que présenta, le 24 thermidor an VIII, la commission nommée par le gouvernement, pour la rédaction du nouveau Code, s'étendit, dans le titre qui traite *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, presque uniquement sur les règles du régime de la communauté, tant légale que conventionnelle, et garda le silence sur celles du régime dotal. Seulement, dans la section qui traite *des Conventions exclusives de toute communauté*, elle plaça un petit nombre de dispositions qui se rapportaient au régime dotal, mais qui en détruisaient l'un des points regardés anciennement comme fondamentaux, l'inaliénabilité de la dot.

Il est vrai que l'art. 1er du projet consacrait le principe, que « les époux règlent librement les conditions de leur union. »

Mais à ce principe de raison il ajoutait que, néanmoins, « ils ne peuvent stipuler qu'elles seront réglées par aucune *des lois*, statuts, coutumes et usages, qui ont régi jusqu'à ce jour les diverses parties du territoire de la république : toute disposition ainsi conçue est nulle. »

Il en resultait que les futurs époux ne pouvaient, sous peine de nullité, stipuler qu'ils se marieraient suivant les principes du droit écrit. D'ailleurs, ces principes n'étaient pas uniformes dans les ressorts des différents parlements; ils n'étaient point rassemblés dans un seul corps de doctrine.

Ainsi, pour se marier suivant les principes du droit écrit, il aurait fallu insérer dans le contrat une longue série de stipulations, dans lesquelles il eût été difficile de n'en pas oublier d'importantes.

Ajoutez à cela que le projet portait, art. 10, « qu'à défaut de contrat de mariage et de conventions spéciales, les droits des époux sont déterminés par les règles contenues au chapitre suivant, » qui traitait de la communauté légale.

Ainsi, cet article faisait du régime de la communauté le droit commun de toute la France, et pour en faciliter l'exécution, le chapitre auquel il renvoyait, après avoir abrogé toutes les coutumes qui contenaient sur ce point des règles très-différentes, avait rassemblé dans un seul corps les règles de la communauté légale, qui devaient être suivies à l'avenir. En un mot, le projet avait constitué le régime de la communauté, et n'avait point constitué le régime dotal.

Le rapprochement de ces articles ainsi combinés donna l'éveil, et fit naître dans les pays de droit écrit l'opinion que les conventions matrimoniales établies par le droit romain étaient interdites, et le régime dotal prohibé; que la liberté des contrats de mariage était circonscrite dans le cercle des modifications dont pouvait être susceptible le régime de la communauté, qui allait devenir le droit commun de toute la France.

Cette opinion excita dans les contrées méridionales un mécontentement général. Il en résulta des réclamations vives et même mêlées d'aigreur et d'amertume. qui furent un avertissement pour le conseil d'Etat. La section de législation présenta à la discussion du conseil d'État, le 6 vendémiaire an XII, un nouveau projet qui contenait de grands changements relativement aux dots des femmes; mais le régime dotal n'y était point encore constitué, et les dispositions qui s'y rapportaient continuaient d'y être rangées dans la section *des Conventions exclusives de la communauté*. Le régime en communauté y était toujours présenté comme le droit commun de la France, et ce principe fut enfin adopté, non sans réclamations, dans la seconde séance de la discussion, le 13 vendémiaire an XII.

Mais la vivacité des discussions et les difficultés qu'elles firent naître achevèrent d'éclairer le conseil d'État, et firent sentir que le projet était encore trop défectueux et trop imparfait pour réunir les suffrages; la discussion fut ajournée, et les propositions déjà adoptées furent renvoyées à la section de législation, que l'on chargea de les rédiger en articles.

7. Dans la séance du 4 brumaire an XII, elle soumit de nouveau à la discussion du conseil le titre entier *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, rédigé conformément aux amendements adoptés dans les séances précédentes; mais elle y avait prudemment ajouté, sur le *régime dotal*, un chapitre entier et nouveau, composé de plusieurs sections, où elle avait rassemblé toutes les dispositions du droit écrit qu'il paraissait convenable de conserver sur ce régime. Ce chapitre a passé dans le Code presque sans aucun changement. Il fixe d'une manière uniforme les règles du régime dotal, comme le précédent chapitre avait fixé celles de la communauté légale. A ce moyen, le régime dotal se trouvait constitué, aussi bien que le régime de la communauté; ce qui aplanissait toutes les difficultés, et faisait évanouir toutes les défiances qui s'étaient élevées entre les partisans du régime de la communauté et ceux du régime dotal. Ceux-ci ne pouvaient plus raisonnablement soupçonner qu'on eût l'intention secrète d'abroger tacitement ce dernier régime.

Ainsi cessaient les réclamations que ce soupçon avait fait naître contre la sage disposition qui forme aujourd'hui l'art. 390 du Code, et qui défend aux futurs époux « de stipuler d'une » *manière générale* que leur association sera » réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts » locaux, qui régissaient ci-devant les diverses

» parties du territoire français, et qui sont » abrogés par le présent Code. »

Cette prohibition était non-seulement sage, mais encore nécessaire, pour empêcher qu'on ne pût rouvrir le dédale des coutumes diverses que le Code a voulu fermer. Son but serait totalement manqué, s'il avait laissé se perpétuer comme lois de l'État, au gré du caprice des particuliers, cette foule d'usages divers qui couvraient le territoire français; usages néanmoins dont ils peuvent toujours conserver, dans leurs conventions matrimoniales, par des stipulations spéciales, les dispositions qui pourraient leur plaire, pourvu qu'ils ne s'y réfèrent pas d'une *manière générale* (1).

Cette disposition est d'ailleurs immédiatement suivie d'une autre qui forme l'art. 1391 du Code, et qui fait entièrement taire les plaintes que faisaient les partisans du régime dotal. Cet article porte : « Ils (les époux) » peuvent cependant déclarer d'une manière » générale qu'ils entendent se marier sous le » régime de la communauté ou sous le régime » dotal. »

Il ajoute : « Au premier cas, et sous le ré» gime de la communauté, les droits des époux » et de leurs héritiers seront réglés par la dispo» sition du chapitre 2 du présent titre.

» Au deuxième cas, et sous le régime dotal, » leurs droits seront réglés par les dispositions » du chapitre 3, » qui traite du régime dotal (2).

Cet article tient, comme on voit, la balance égale entre les deux régimes, puisque les futurs époux, ceux mêmes qui habitent les pays ci-devant coutumiers, sont libres de choisir l'un ou l'autre de ces régimes, par la déclaration la plus simple et la plus facile.

8. Mais il fallait prévoir le cas le plus ordinaire, celui où les époux n'ont fait aucune déclaration, aucun contrat de mariage. Nous avons vu que les coutumes concluaient de leur silence qu'ils avaient eu la volonté de vivre en communauté. C'était en effet une présomption fort naturelle, de penser qu'en formant une société si intime de leurs personnes, une société qui ne doit finir qu'avec leur vie, les deux époux voulaient aussi former une société de biens, et ne pas laisser leurs intérêts respectifs perpétuellement isolés. Les coutumes leur avaient épargné l'embarras de stipuler les conditions de leur société, en établissant les règles d'une communauté légale. C'était un contrat de mariage tout rédigé que la loi leur proposait, et qu'elles étaient censées agréer, faute d'y déroger et d'en changer les articles qui pouvaient leur déplaire. Cette législation était sage.

Sous le régime dotal, le droit écrit ne statuait rien sur le cas où les deux époux n'avaient pas fait de contrat de mariage (3), et faute d'une stipulation de dot, chacun des deux époux, la femme comme le mari, conservait la libre jouissance et la pleine disposition des biens qu'ils possédaient avant le mariage, et de ceux qu'ils acquéraient depuis. Leurs intérêts demeuraient entièrement isolés. C'était une chose bizarre de voir dans la même maison deux personnes unies pour leur vie, assujetties à des soins, des services, des besoins, des dépenses et des droits communs, et qui cependant n'avaient point d'intérêts communs. Cet ordre de choses ne pouvait être avoué par la raison. Il était nécessaire que la loi suppléât à l'imprévoyance des époux, qui n'ont fait avant leur mariage aucunes conventions sur leurs intérêts respectifs. En un mot, il fallait établir sur ce point un droit commun pour toute la France, où l'on ne connaissait que deux systèmes sur le règlement des droits des époux, le régime dotal et celui de la communauté.

Or il semble évident qu'on ne pouvait choisir pour droit commun le régime dotal, qui ne réglait rien dans les cas qu'il s'agissait de régler.

Restait donc le régime de la communauté légale, qui prévoit tout, qui supplée à tout. Ce motif le fit préférer et adopter, comme étant d'ailleurs plus conforme aux mœurs et aux habitudes de la majorité de la nation, et comme mieux approprié à la nature et à la fin de l'association conjugale, la société perpétuelle des personnes conduisant naturellement à la société des biens, laquelle tend à faire prospérer les

---

(1) Il paraît résulter de ces dernières expressions qu'on peut, pour l'exécution d'une clause insérée dans le contrat de mariage, se référer *spécialement* à tel article de nos anciennes coutumes. Par exemple, après avoir stipulé qu'en cas d'aliénation des propres de l'un des conjoints il en sera fait remploi, on peut ajouter que ce remploi sera fait conformément aux dispositions et aux principes de l'art. ... de la coutume de Bretagne, qui veut que le remploi soit fait en terres. Ce n'est point là stipuler *d'une manière générale* que l'association sera réglée par la coutume de Bretagne.

On peut, en faveur de cette opinion, tirer une induction d'un arrêt de la cour de cassation, du 19 juillet 1810, qui a déclaré valable une institution testamentaire, quoique le testateur eût dit qu'il entendait qu'elle eût son effet selon une coutume abrogée. (Gand, 6 juillet 1833 (*Pasicrisie belge*); Bellot, t. 1, p. 19; mais *voy.* Duranton, t. 7 (XIV, éd. fr.), n° 32.

(2) Le contrat de mariage, qui porterait vaguement que les époux se marient sous le régime dotal, serait bien imparfait; car, quoique la loi indique les moyens de l'exécuter, il faut au moins exprimer quels seront les biens qui auront le caractère de dotaux; autrement, tous ceux de l'époux seraient paraphernaux. (Art. 1575.) Au contraire, la déclaration de se marier sous le régime de la communauté n'offre aucun doute, aucune difficulté. Le Code a réglé les droits et intérêts des parties plus clairement peut-être qu'elles ne l'auraient fait elles-mêmes.

(3) *Voy.* le discours du tribun Albisson, dans l'exposé des motifs, rapportés par Locré, *Législation civile* (édit. Tarlier).

ménages, par l'affection que chacun porte à la chose commune.

Cette adoption ne pouvait exciter de plaintes dans la classe des gens riches, qui règlent presque toujours leurs conventions matrimoniales par un contrat spécial. C'était un véritable bienfait pour les classes pauvres ou peu fortunées, sous une législation qui n'assure aucun avantage légal à l'épouse d'un mari que la fortune a favorisé, et qui meurt sans avoir avantagé sa veuve, sans avoir disposé de rien en sa faveur. Elle partage au moins le fruit de leur collaboration et de leurs économies communes.

L'adoption de la communauté légale pour droit commun de la France a donc passé dans l'art. 1393 du Code, qui porte : « A défaut de » stipulations spéciales qui dérogent au régime » de la communauté ou le modifient (1), les » règles établies dans la première partie du » chapitre 2 formeront le droit commun de la » France. »

9. On voit, par les détails où nous sommes entré, que le titre qui traite *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux* se divise naturellement en deux chapitres, sauf les subdivisions convenables à l'objet et à la matière de chaque chapitre, l'un qui contient les règles du régime de la communauté, l'autre celles du régime dotal.

Mais il y a des dispositions générales communes aux deux régimes, et à tous les époux sans distinction.

L'explication de ces règles générales doit précéder l'explication des règles particulières; elles sont contenues dans le chapitre 1.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

SOMMAIRE.

10. Les conditions du contrat de mariage sont entièrement libres; rien n'y est défendu que ce qui est contraire aux bonnes mœurs, ou à une disposition spéciale de la loi. Motifs de cette liberté. (Art. 1387.)
11. Les règles tracées par la loi sur la communauté ou le régime dotal ne sont que des conseils, que l'on est libre de suivre ou de ne pas suivre.
12. On ne peut déroger aux droits de la puissance maritale ou paternelle, ni aux dispositions prohibitives du Code. (Art. 1388.)
13. Distinction entre les règles qui tiennent à l'ordre public, celles qui régissent les personnes et celles qui ne se rapportent qu'aux biens. Développement.
14. On ne peut stipuler qu'il sera permis à la femme de vendre ses biens sans l'autorité du mari. (Article 1538.)
15. On ne peut, par le contrat de mariage, renoncer à l'usufruit paternel.
16. Ni déroger aux dispositions prohibitives du Code. Quelles sont ces dispositions. Exemples.
17. La clause d'un contrat de mariage est encore nulle, si l'on n'y a pas observé les conditions nécessaires pour la validité des conventions en général.
18. Application à la clause par laquelle les conjoints renoncent à s'avantager pendant le mariage. Nullité de cette clause.
19. On ne peut insérer aucune clause dont l'effet serait de changer l'ordre des successions. (Art. 1389.) Développement.
20. Conséquence relative aux abus des stipulations de propres.
21. Nullité de la clause que la femme ne pourra renoncer à la communauté, et de celle qu'elle ne sera pas tenue aux dettes, en raison de son émolument.
22. Texte des art. 1394, 1395, 1396 et 1397.
23. Ce qu'on entend par conventions matrimoniales.
24. L'art. 1394 exige qu'elles soient rédigées avant le mariage; ce qui ne paraît pas conforme à la raison.
25. Il en est de même de l'art. 1395, qui porte qu'elles ne peuvent recevoir de changement après le mariage.
26. L'ancienne jurisprudence n'y permettait aucun changement, même avant le mariage, sans le consentement des parents, et ce, sous peine de nullité.
27. Parce qu'anciennement, suivant un usage des peuples d'origine germanique, on ne pouvait donner ses immeubles, sans le consentement de ses héritiers. Texte de la coutume de Bourgogne.
28. On exigeait, pour la validité de tous les contrats entre époux, la présence des parents habiles à succéder.
29. Ce qui fait voir que leur présence n'était exigée que pour l'intérêt de la famille.
30. Même raison pour la nécessité de leur présence aux contre-lettres. Arrêt qui juge la nullité d'une donation que se firent les époux la veille de leur contrat de mariage, sans y avoir appelé les parents.
31. Telle est l'origine du principe ancien que les contrats sont censés intervenus entre les deux familles.
32. Il fut changé en 1762, par un règlement qui établit en principe que les conventions matrimoniales ne doivent plus être regardées que comme des

---

(1) Il résulte de là que si, comme il est quelquefois arrivé, le contrat de mariage est rédigé d'une manière si équivoque et si obscure qu'on ne sache quel régime ont choisi les futurs, il faut décider que c'est le régime de la communauté qu'il faut suivre. *Voy.* un arrêt de la cour de Turin, du 23 juillet 1808.

10. Ce chapitre commence par consacrer le sage principe de la plus grande liberté dans les conventions matrimoniales. Les époux peuvent non-seulement soumettre leur société au régime dotal ou à celui de la communauté, mais ils peuvent encore faire aux règles tracées par la loi, concernant l'un ou l'autre des deux régimes, tels changements, telles modifications que bon leur semble. (Art. 1527.) Ils peuvent même exclure expressément toute espèce de société de biens entre eux, et tenir entièrement séparés leurs biens et leurs intérêts pécuniaires. (Art. 1536.) Il ne faut donc pas demander s'il est permis d'insérer telle clause ou condition dans un contrat de mariage, mais plutôt si elle est défendue. C'est dans cette matière surtout qu'il faut appliquer dans toute son étendue la grande et générale maxime, que ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. Ainsi, liberté

entière dans les conventions matrimoniales. Rien n'y est commandé par la loi, rien n'y est défendu, que ce qui blesse l'ordre public ou les bonnes mœurs.

« La loi, dit l'art. 1387, ne régit l'association conjugale, *quant aux biens*, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et en outre sous les modifications qui suivent. »

On peut remarquer trois dispositions dans ce texte. La première, que la loi ne peut imposer à l'association conjugale, *quant aux biens*, aucune condition contraire à la volonté des époux.

La seconde, qui est une conséquence de la première, qu'ils peuvent faire dans leur contrat de mariage telles conventions que bon leur semble.

La troisième contient la modification des précédentes.

La première disposition concernant la liberté des conventions matrimoniales, *quant aux biens*, est dictée par la raison. Il faut encourager les mariages, cette source des familles, qui forment et perpétuent l'Etat. Or l'homme, indépendant par sa nature, fuit la contrainte; la moindre gêne à ce qu'il dispose, pendant le mariage, de ses biens présents et futurs, l'obligation de travailler pour partager le fruit de son industrie et de son labeur avec les héritiers d'une épouse, pourraient suffire pour détourner tel individu du mariage, que trop de gens malheureusement considèrent comme une chaîne. La liberté des conventions matrimoniales est donc fondée sur un intérêt d'ordre public.

11. Sans gêner cette liberté, on a jugé non-seulement commode, mais utile pour les citoyens, de tracer séparément les règles qui s'adaptent le mieux au régime de la communauté, et celles qui ont paru le mieux convenir au régime dotal. Ce sont des conseils offerts par la sagesse des législateurs à tous les citoyens, et qui les dispensent de prendre un conseil étranger. S'ils veulent déroger à ces règles, il leur suffit d'exprimer les modifications qu'ils y veulent faire.

Au reste, ce principe, que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions, n'est pas nouveau : on le trouve dans tous nos anciens auteurs; mais il était convenable de le consacrer par la loi même avec les exceptions qu'il comporte, pour servir de règle de conduite aux tribunaux. Ces exceptions, outre les clauses qui seraient contraires aux bonnes mœurs, et qui ne peuvent jamais être valablement insérées dans aucun contrat, quelle qu'en soit la nature, sont énoncées dans les articles suivants.

12. Art. 1388 : « Les époux ne peuvent déroger, ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle*, et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, ni aux dispositions prohibitives du présent Code. »

Cette énumération fit naître d'assez grandes discussions dans les conférences tenues au conseil d'État. Les uns regardaient ces détails comme inutiles et dangereux; ils disaient qu'il fallait s'en tenir à la maxime générale qui a existé de tout temps, et qui n'admet, pour limites des conventions matrimoniales, que l'ordre public et les bonnes mœurs, et qu'il fallait laisser aux tribunaux le soin d'en déduire les conséquences; qu'il n'y a point en cela d'arbitraire, dès qu'il existe une règle assez clairement posée pour que les juges y trouvent un guide sûr, et que la fausse application qu'ils en pourraient faire peut et doit être réprimée.

Mais on croit que, dans la réalité, l'opposition venait surtout de ce qu'il résultait de l'article, que la femme ne pourrait vendre ses biens paraphernaux sans l'autorisation de son mari; ce qui était contraire aux dispositions du droit écrit sur le régime dotal, qu'on craignait toujours de voir supprimer ou altérer. Aussi quelques membres distingués exigeaient nettement, pour adopter le projet, que l'on donnât plus d'étendue aux dispositions sur le régime dotal, et qu'on les présentât rassemblées avec autant de développements qu'on en avait donné à celles qui concernent la communauté légale. En attendant, l'article fut adopté, et il a passé dans le Code. Ses dispositions nous paraissent nécessiter, pour leur éclaircissement, quelques développements tirés des conférences tenues au conseil d'État (1).

13. Notre art. 1388 dit que les époux ne peuvent déroger, ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari, comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux, etc.

On convenait en général qu'il faut distinguer, par rapport au mariage, les règles qui tiennent à l'ordre public, et qui régissent les personnes, de celles qui ne se rapportent qu'aux intérêts pécuniaires des époux. La liberté de déroger aux règles établies par la loi, relativement au mariage, ne doit exister que pour celles qui concernent les intérêts pécuniaires, et qui sont contenues principalement dans le titre 5.

Mais les règles qui concernent l'ordre public, et qui régissent les personnes et leurs droits personnels, doivent demeurer invariables : la loi ne doit permettre aux parties d'y déroger

(1) Bellot, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, p. 19, et t. 4, p. 504; arg. d'un arrêt de cass. du 19 juillet 1820.

par aucunes stipulations générales ni spéciales. C'est à ces sortes de règles que se rapporte notre art. 1388.

Ainsi, le Code défend toute stipulation qui aurait pour objet de changer de main le sceptre du ménage, et de rendre indépendante la femme, que la nature et les lois divines et humaines ont mise sous la dépendance du mari. On ne pourrait donc stipuler qu'elle aura l'administration des biens de la communauté, ni de ceux du mari. Celui-ci ne peut donc se départir de la puissance maritale, telle qu'elle est définie dans le livre 1er du Code, ni renoncer à aucun des droits que lui donne la loi, en sa qualité de mari ou de père, pour les conférer à sa femme. Celle-ci ne peut également renoncer à aucun des droits que lui donne la loi, en cas de survie. On ne pourrait donc stipuler qu'en cas de veuvage, elle restera sans autorité sur ses enfants ; on ne pourrait également stipuler qu'une femme mariée très-jeune n'aura, en cas de décès du mari, la tutelle de ses enfants qu'à l'âge de vingt-cinq ans. Tous ces points sont réglés par des dispositions qui régissent les personnes et leurs droits, indépendamment de leurs intérêts pécuniaires (1).

14. Mais il y a des stipulations qui paraissent n'avoir rapport qu'aux intérêts pécuniaires des époux, et qui cependant tiennent à l'ordre public; par exemple, la stipulation que la femme pourra vendre de ses biens sans autorisation du mari.

Cette faculté empêche-t-elle que la femme, qui peut exclure tels et tels biens de la communauté, ou même les en exclure tous, ne soit entièrement sous la dépendance de son mari, quant à sa personne?

Chez les Romains la femme pouvait, sans autorisation, aliéner ses biens paraphernaux. Ce fut principalement cette considération qui fit naître, sur ce point, une discussion assez vive dans les conférences tenues au conseil d'État.

Mais quels que fussent à cet égard les principes du droit romain, la femme mariée est, en France, frappée d'une incapacité légale d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles, sans l'autorisation de son mari (art. 217), comme le mineur d'aliéner les siens, sans les formalités prescrites. Cette incapacité est d'ordre public, et s'étend même aux femmes non communes en biens, ou séparées. Il n'est donc pas au pouvoir des époux de la faire cesser par des stipulations générales ou spéciales, et de rendre ainsi à l'épouse la capacité que la loi lui refuse : *Privatorum pactis non potest immutari jus publicum.* (L. 38, ff. *de pactis*, 2, 14.)

Le Code ne s'est même pas borné, sur ce point, à la conséquence qui naît de l'art. 1388; il a expressément prononcé, dans un article exprès (art. 1538), que « dans aucun cas, *ni à la faveur d'aucune stipulation*, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée de la justice. Toute autorisation générale d'aliéner ses immeubles, donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle. »

La même prohibition, relativement aux biens paraphernaux, est répétée dans l'art. 1576.

Remarquons, en passant, que l'incapacité d'aliéner ses biens, dont la femme est frappée, n'a point été étendue à la capacité de les administrer, comme nous le verrons dans la suite.

15. L'usufruit des biens des enfants, que l'art. 384 défère au survivant des père et mère, paraît d'abord une disposition purement relative aux intérêts pécuniaires, plutôt qu'une disposition de droit public; car cet usufruit cesse en plusieurs cas, et ne s'étend point aux biens donnés ou légués, sous la condition que les père et mère n'en jouiront pas (art. 387), quoique les conditions contraires au droit public, mises à un legs ou à une donation, soient réputées non écrites. (Art. 900.)

Cependant, le Code a fait de cet usufruit une attribution de la puissance paternelle, à laquelle, par conséquent, le mari ne peut renoncer, et ce qui lève toute espèce de doute sur notre question, c'est que l'art. 1388 porte expressément que les époux ne peuvent renoncer aux droits conférés au survivant par le titre *de la Puissance paternelle*, et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation* (2).

16. La disposition finale de notre art. 1388 ajoute que les époux ne peuvent déroger aux *dispositions prohibitives du présent Code;* sur quoi il faut observer qu'une expression *négative* ne constitue pas *une prohibition*, suivant la remarque sensée de notre illustre compatriote Bigot de Préameneu (3). La nullité ne doit donc être prononcée qu'à l'égard des clauses contraires aux dispositions vraiment prohibitives dont l'art. 1521 nous donne un exemple dans la convention que l'un des époux ne supportera pas, dans les dettes de la communauté, une part égale à celle qu'il prend dans l'actif, ou qu'il en supportera une plus forte.

L'art. 791 en donne un autre exemple, en disant « qu'on ne peut, même par contrat de » mariage, renoncer à la succession d'un homme » vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on » peut avoir à cette succession. »

Cette disposition ne s'applique pas seulement aux successions que la loi défère, mais encore

(1) Pothier, préface *de la Communauté*, no 5; Bellot, t. 1, p. 11 et 304.

(2) Duranton, t. 7 (XIV, éd. fr.), no 24; Bellot, t. 1, p. 16. *Voy.* aussi Delvincourt, t. 3, p. 4 et suivantes.

(3) *Voy.* le *Procès-verbal des conférences*, p. 45.

aux successions contractuelles, c'est-à-dire aux institutions d'héritiers faites dans un contrat de mariage. L'institué n'y peut pas plus renoncer avant leur ouverture qu'à une succession où il est appelé par la loi.

La cour de Riom a fort bien jugé, par arrêt du 11 avril 1811, qu'on ne peut renoncer à une donation de biens présents et à venir du vivant du donateur, même avec le consentement de celui-ci.

Ainsi, après avoir, en les mariant, institué pour héritiers son fils et sa fille, un père ne pourrait valablement les faire intervenir dans le contrat de mariage qu'il passerait avec une seconde épouse, pour les faire consentir aux avantages qu'il veut lui faire, et les obliger à les exécuter, quand même il mettrait, au retour de leur consentement, la condition qu'il ne pourrait aliéner ses biens à quelque titre que ce soit; car la prohibition d'aliéner est une condition réprouvée par la loi, qui veut que tous les biens soient dans le commerce.

On ne pourrait encore, par contrat de mariage, renoncer au droit de faire un testament afin d'assurer aux enfants à naître un plus grand avantage.

17. La nullité des clauses d'un contrat de mariage peut aussi résulter de la seule conséquence d'un texte prohibitif, et surtout du défaut d'observation de l'une des conditions essentielles pour la validité des conventions en général, et expliquées par le Code, livre 3, titre 3, chapitre 2; car, quelle que soit la faveur des conventions matrimoniales, elles ne sont dispensées d'aucune des conditions que la loi a jugées nécessaires pour la validité de toutes les conventions en général.

Ainsi, par exemple, le Code civil admet, comme les lois romaines, ce principe commun à toutes les conventions, qu'on ne peut valablement stipuler que ce qui nous est de quelque utilité : *Nemo potest utiliter stipulari quod sua non interest* (1). Cela résulte de l'art. 1119 où il est dit qu'on ne peut en général s'engager *ni stipuler en son propre nom que pour soi-même*. Ainsi, sous le Code comme sous les lois romaines, *aucune stipulation n'est valable*, si celui qui stipule n'y a aucun intérêt.

On ne pourrait donc, même par contrat de mariage, s'engager à ne pas vendre sa maison sans l'agrément du voisin (2).

18. Appliquons ces principes à une clause assez souvent insérée dans les contrats de mariage, et par laquelle les futurs renoncent à la faculté que la loi leur accorde, de s'avantager l'un l'autre pendant le mariage. La validité de cette clause était controversée avant les lois nouvelles (3). Deux arrêts l'avaient jugée valide (4) et la jurisprudence inclinait vers cette décision. Le motif principal de ceux qui croyaient la renonciation valable, était qu'elle ne faisait que replacer les époux sous le droit commun, qui, sauf quelques exceptions, leur défendait de s'avantager pendant le mariage. Or le retour au droit commun est toujours favorable.

Mais la loi du 11 nivôse an II changea entièrement les principes anciens. Elle érigea en droit commun la faculté de s'avantager entre époux, et le Code civil a confirmé cette disposition par l'art. 1094. La clause par laquelle les époux renoncent à s'avantager pendant leur mariage reste donc soumise au principe commun à toutes les conventions, et consacré par le Code, qu'il n'y a point de stipulation valable, s'il n'existe point d'intérêt en faveur de celui qui stipule.

Or, loin que les époux aient intérêt à s'enchaîner d'avance, en renonçant à une faculté aussi naturelle que celle de s'avantager, il est évident qu'ils ont intérêt de la conserver en tout événement; car elle ne peut jamais leur être nuisible, puisque l'époux donateur est toujours le maître de révoquer sa donation s'il a du regret de l'avoir faite. (Art. 1096.) La clause de renonciation à s'avantager est donc nulle sous l'empire du Code civil.

Ajoutez à ces raisons que l'art. 1130 porte *qu'on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte, même du consentement de celui de la succession duquel il s'agit*. En combinant cet article avec l'article 1082, il en résulte clairement qu'on peut bien, par contrat de mariage, disposer d'une succession future en faveur des époux qui se marient, mais que les époux eux-mêmes ne peuvent pas, en se mariant, disposer de leur succession en faveur de personnes tierces.

Or, un époux qui, en se mariant, renonce à la faculté d'avantager son époux et d'être avantagé par lui, ne fait rien pour son intérêt. Il ne peut avoir en vue que l'intérêt de ses héritiers; il est censé, en faisant cette renonciation, promettre à ses héritiers de ne pas disposer de ses biens à leur préjudice, promesse qui a pour objet sa succession future. Cette renonciation est donc nulle, comme contraire à la disposition prohibitive de l'art. 1130. Elle est par conséquent comprise sous l'exception que met

(1) *Voy.* ce que nous avons dit sur ce principe, t. 3 (VI, éd. fr.), n° 146, avec la note, *ibid.*

(2) « Nemo pasciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat; ne, vicino invito, prædium alienet. » (L. 61, ff. *de pactis*, 2, 14.)

(3) *Voy.* absolument le plaidoyer de Merlin, dont les conclusions furent suivies par un arrêt de la cour de cassation, du 31 juillet 1809, *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), v° *Renonciation*. La question y est savamment traitée.

(4) Et ils étaient conformes aux opinions alors reçues. Voy. *infra*.

à la liberté illimitée des conventions matrimoniales l'art. 1388, qui porte que les époux ne peuvent déroger aux dispositions prohibitives du présent Code.

La cour de cassation a consacré la nullité de la clause par laquelle les époux renoncent à s'avantager, dans un arrêt du 31 juillet 1809, dont voici en peu de mots l'espèce et les motifs :

Le 25 frimaire an IX, contrat de mariage entre Jean-Florentin Michaut et Marie-Madeleine Tiercelin, par lequel ils se donnent réciproquement l'usufruit seulement du mobilier du premier mourant, « et en faveur de cet avantage, ils renoncent à se faire d'autres donations, en exécution de la loi du 4 germinal an VIII, au bénéfice de laquelle ils renoncent absolument, et consentent dès à présent la nullité de celles qui pourraient être faites, de telle nature qu'elles soient, au mépris de la présente convention. »

Le 29 brumaire an XII, ladite Tiercelin fait un testament olographe par lequel elle donne à son mari la moitié, en pleine propriété, de tous les biens meubles et immeubles qui lui appartiendront au jour de son décès, et l'autre moitié en usufruit.

Elle meurt le 5 octobre 1806. Le sieur Tiercelin, son héritier, demande que, d'après la clause du contrat de mariage, le testament soit déclaré nul. Le tribunal de Château-Thierry le déclara valable, le 21 février 1807, et son jugement fut confirmé par la cour d'appel d'Amiens, le 1er juillet suivant, par le motif principalement « que nul n'a le pouvoir de se mettre en incapacité, soit absolue, soit relative : d'où il suit que le contrat de mariage d'entre Michaut et la fille Tiercelin est en opposition avec le droit public. »

Rien de plus juste que ce motif. Les époux ne pouvaient, par leur contrat de mariage, ni se donner une capacité que la loi leur refuse, ni se priver d'avance d'une capacité que la loi leur a conférée. Tiercelin s'étant pourvu en cassation, son pourvoi fut rejeté :

« Attendu que la renonciation réciproque » faite par les époux, dans leur contrat de mariage, au droit de disposer de leurs biens par » testament, en faveur l'un de l'autre, n'a été » consentie en faveur d'aucune personne dénommée ou désignée dans le contrat de mariage, » et qui eût été en droit d'en réclamer l'exécution ; que cette renonciation ne présente donc » à l'esprit qu'une simple abnégation de la » faculté de disposer ; que cette abnégation ne » peut être rangée dans la classe des conventions obligatoires, dont l'exécution est forcée » quand elles ont été librement consenties ; que » la loi du 17 nivôse an II, et celles postérieures, » notamment celle du 4 germinal an VIII, permettent aux époux de s'avantager par des dispositions testamentaires ; qu'ainsi, en jugeant » que le testament en question doit avoir tout » son effet, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi ; » la cour rejette, etc. »

Autre arrêt de la cour de cassation, du 15 juillet 1812, qui a décidé que la clause prohibitive insérée dans le contrat de mariage des époux n'avait pu produire l'effet de les rendre incapables de tester au profit l'un de l'autre. Ainsi, la jurisprudence nous paraît d'autant mieux fixée sur ce point, que ces arrêts ne sont qu'une juste application et une conséquence nécessaire des principes.

19. L'art. 1389 contient encore des limitations fort importantes à la liberté des conventions matrimoniales. Il porte que « les époux ne » peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre » légal des successions, soit par rapport à eux-» mêmes, dans la succession de leurs enfants » ou descendants, soit par rapport à leurs » enfants entre eux, sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pour-» ront avoir lieu selon les formes et dans les » cas déterminés par le présent Code. »

Cet article proscrit irrévocablement deux usages ou plutôt deux abus reçus dans notre ancienne jurisprudence. Quoique alors, comme aujourd'hui, il fût défendu de faire aucune convention sur la succession d'une personne vivante, on avait admis à ce principe une exception qui permettait aux parents des époux, et même aux étrangers, de disposer par un contrat de mariage de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit des futurs époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage. Cette exception a été consacrée par l'art. 1082 du Code civil, sur lequel il faut remarquer qu'en combinant cet article avec l'article 1130, il en résulte que si l'on peut disposer d'une succession en faveur des époux qui se marient, les époux eux-mêmes ne peuvent pas, en se mariant, disposer de leurs successions à venir en faveur des personnes tierces.

Mais à l'exception consacrée par l'art. 1082, l'ancienne jurisprudence en ajoutait une autre. Elle permettait, dans les contrats de mariage, la convention par laquelle une fille se contentait de sa dot, qui lui était donnée par ses père et mère, et renonçait (1) en conséquence à leur succession future, en faveur des autres enfants, ou en faveur de l'un d'eux ; par exemple, en faveur de l'aîné, ou en faveur des enfants mâles.

Cette convention ou stipulation n'était guère en usage que dans les familles nobles. La coutume de Bretagne, art. 557, n'exigeait même pas la renonciation de la fille : il suffisait, pour l'exclure de la succession de son père, qu'il lui eût donné quelque chose en la mariant. La part

(1) Sur ces renonciations, *voy.* Boucheul, *Traité des conventions de succéder*, chap. 20 ; Duparc-Poullain, sur l'art. 557 de la coutume de Bretagne.

qu'elle aurait eue était alors déférée au frère aîné (1).

Ces renonciations, si contraires à l'égalité et au droit naturel, sont formellement proscrites par notre art. 1389. Elles l'étaient déjà par l'article 1130, qui porte : « On ne peut renoncer à » une succession non ouverte, ni faire aucune » stipulation sur une pareille succession, même » avec le consentement de celui de la succession » duquel il s'agit. »

Voilà une disposition clairement prohibitive, qui ôte à tous les citoyens le pouvoir ou la capacité de faire de pareilles stipulations ou renonciations, même par contrat de mariage, suivant la disposition finale de l'art. 1388. Néanmoins, cette prohibition a été formellement répétée dans l'art. 1389, sans doute parce qu'il s'agissait d'une injustice invétérée qu'on ne saurait trop clairement proscrire.

20. Le même article proscrit un autre abus relatif aux sommes que l'on stipulait *propres* de communauté par contrat de mariage, ou, comme on disait alors, que l'on *immobilisait*. On ne se contentait pas d'exclure ces sommes de la communauté; on avait coutume de stipuler qu'elles seraient *propres au futur conjoint dans ses estocs et lignes*, tant directes que collatérales, sans que l'autre conjoint y pût jamais succéder *ordine verso*, ni y rien prendre de quelque manière que ce soit.

L'effet de ces stipulations était non-seulement qu'en cas de dissolution de la communauté, les enfants ou les héritiers collatéraux du prédécédé reprenaient les sommes sur la communauté, où elles n'avaient pas entré, ce qui était très-juste.

Mais, de plus, si depuis l'ouverture de l'action en reprise les enfants venaient à mourir, le conjoint survivant, qui recueillait leur succession *ordine verso*, ne pouvait leur succéder à cette action, et leurs héritiers collatéraux venaient l'exercer au préjudice du conjoint survivant (2).

Bien plus : si, après avoir trouvé dans la succession de leur mère l'action en reprise de ces sommes réputées propres, les enfants, avant de l'avoir exercée, devenaient héritiers de leur père, l'action ne s'éteignait point en Bretagne; elle ne faisait que dormir en leurs personnes, parce qu'ils étaient, disait-on, suppôts communs des deux familles de leur père et de leur mère; et s'ils avaient ensuite des enfants ou des petits-enfants, l'action continuait de dormir dans la personne de ceux-ci, pour se réveiller à la mort du dernier décédé d'entre eux; et à cette époque, les parents collatéraux de leur aïeule ou bisaïeule, en faveur de laquelle la somme avait été immobilisée, exerçaient l'action en reprise contre les autres héritiers collatéraux, venant à la succession de leur aïeule ou bisaïeule, sur les biens qui y étaient originairement affectés, parce que l'action ne pouvait se prescrire, pendant sa dormition dans la personne des suppôts communs.

Il est difficile d'imaginer un point de jurisprudence aussi subtil et aussi embarrassé. Il s'était formé par degrés sur les conséquences tirées des arrêts des parlements. Ainsi, la jurisprudence variait dans les différentes provinces, et aussi suivant la manière dont étaient conçues les clauses d'immobilisation. Il en résultait des subtilités auxquelles, disait souvent notre savant maître Duparc-Poullain, n'avaient rien de comparable les subtilités tant reprochées à certains points du droit romain. Nous en sommes enfin délivrés pour toujours, par le plus grand bienfait d'un Code uniforme et simple pour toute la France. Désormais toutes les clauses des contrats de mariage qui excluent les meubles de la communauté conjugale, de quelque manière qu'elles soient rédigées, ne peuvent plus avoir d'autre effet que de procurer, à la dissolution de la communauté, au conjoint en faveur de qui est la stipulation, ou à ses héritiers, une action mobilière, laquelle, dans sa succession comme dans celle de ses enfants, n'est qu'un meuble auquel sont applicables toutes les règles ordinaires des successions. Tout ce qui, dans la rédaction de la clause, tendrait à en changer l'ordre légal, serait nul et comme non avenu, sans néanmoins annuler l'exclusion de la communauté, suivant la maxime : *Utile per inutile non vitiatur* (3).

(1) Lequel, au moyen de beaucoup d'autres avantages que lui faisait la coutume, finissait par recueillir seul presque tous les biens de sa famille. D'Argentré fait un pompeux éloge de cet art. 557, et se fait un grand mérite d'en avoir suggéré l'addition aux réformateurs de la coutume : tant les préjugés de caste ont d'empire sur les meilleurs esprits !

(2) On en était venu au point d'établir comme une maxime incontestable que « les sommes ou les meubles » réputés propres par le contrat de mariage acquéraient, respectivement à la communauté, une qualité » d'immeubles et de propres aussi parfaite que celle des » immeubles propres par leur nature, et par la disposition de la loi. Ce principe est certain, disait Duparc-» Poullain, soit qu'il y ait une stipulation d'assiette et » de propres au futur conjoint, dans ses estocs et lignes » directes ou collatérales, soit qu'il n'y ait que la simple » stipulation de propre avec promesse de rendre. Elle » suffit pour conserver l'action immobilière dans les » lignes du conjoint qui a fait la stipulation, et pour » empêcher que l'autre conjoint n'y succède *ordine* » *verso*, ni en quelque autre cas que ce soit. Le vœu » général de la coutume, pour la conservation des biens » dans les familles, dans les lignes, et même dans les » ramages, a fait rejeter, par la jurisprudence, toutes » les distinctions admises dans quelques autres provinces, » dit Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 5, p. 6, nº 78. *Voy.* aussi t. 8, p 27, nº 2.

(3) Sur cette règle, *voy.* Leprêtre, cent. 1, chap. 45, p. 145; d'Antoine, sur la règle 38, *de reg. jur. in sexto.* Merlin, *Répert.*, vº *Emphytéose*, § 6; Dalloz, vº *Contrat de mariage*, nº 14.

21. Le principe que les conventions insérées dans un contrat de mariage sont nulles, quand elles sont contraires à une loi prohibitive, s'applique même aux conventions qui ne font que tendre à éluder la prohibition. Ainsi, on a toujours rejeté (1) la convention que la femme ne pourrait renoncer à la communauté, et celle par laquelle elle renoncerait au privilége de n'être tenue des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en retire. (Art. 1483.) Ces conventions peuvent en effet tendre à éluder la loi prohibitive, qui défend au mari d'aliéner les immeubles de la femme sans son consentement. (Art. 1428.)

La première de ces conventions est même formellement déclarée nulle par l'art. 1453, qui porte : « Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer; toute convention contraire est nulle. »

22. Les dispositions qui règlent la forme des conventions matrimoniales, le temps où elles doivent être faites, si elles peuvent être changées, quand et comment, sont encore des dispositions communes tant au régime de la communauté qu'au régime dotal. Les principes du Code, sur ces différents points, sont établis dans les art. 1394, 1395, 1396 et 1397, dont il faut réunir les dispositions pour en bien pénétrer l'esprit. Ils sont ainsi conçus :

Art. 1394. « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage par acte devant notaire. »

Art. 1395. « Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. »

Art. 1396. « Les changements qui y seraient faits avant cette célébration, doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage.

» Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable, sans la présence et le consentement simultané de toutes personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. »

Art. 1397. « Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra, à peine de dommages et intérêts des parties, et sous plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire, à la suite, le changement de la contre-lettre. »

23. Ces dispositions sont puisées dans l'ancienne jurisprudence, à laquelle il a été fait des changements assez considérables, quoique pas assez pour les rendre parfaitement claires, et les rendre entièrement conformes aux nouveaux principes. Avant de les expliquer, voyons d'abord ce qu'on entend par *conventions matrimoniales*. Ce sont celles qui règlent la dot de la femme et tout ce qui s'y rapporte, soit sous le régime dotal, soit sous le régime de la communauté : les avantages faits à l'un des futurs conjoints, ou aux deux, tels que les donations réciproques ou non, les gains de survie, les douaires conventionnels ou les rentes viagères qui en tiennent lieu; ce sont encore l'établissement, l'exclusion, ou les différentes modifications de la communauté ou du régime dotal.

Ces conventions sont malheureusement presque toujours des conditions sans lesquelles le mariage n'aurait pas eu lieu, ou du moins qui l'ont déterminé. Tel dont les richesses mobilières sont immenses, ne se déterminerait point à se marier s'il fallait les laisser entrer en communauté, pour les partager un jour avec les héritiers de son épouse; et telle ne consentirait point à se mettre sous la puissance d'un mari, s'il ne lui assurait pas un avantage en cas de survie.

24. Notre article 1394 exige impérativement que les conventions matrimoniales soient rédigées avant le mariage ; c'est en effet le conseil le plus sage et le plus prudent que l'on puisse donner aux futurs conjoints. Mais la disposition qui le leur commande, et qui ne reconnaît point pour conventions matrimoniales celles qui sont postérieures à la célébration, est-elle conforme à la raison (2)?

Elle est du moins contraire au droit romain, à qui toutes les nations civilisées ont, d'un commun accord, déféré le titre honorable de raison écrite. La loi 1re, ff. *de pactis dotalibus*, 23, 4, porte : *Pacisci potest post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit licet* (3).

Si l'on ne consultait que la simple raison, il faudrait dire, avec la loi, que les conventions matrimoniales peuvent être faites après aussi bien qu'avant le mariage. On n'aperçoit point, dans la nature des choses, de motifs suffisants pour qu'elles ne puissent être faites depuis le mariage; car la société ou l'union des personnes, qui constitue le mariage, peut exister sans la société des biens, qui n'en est que l'accessoire. Les époux peuvent se marier et vivre ensemble sans former aucune société de biens. Le Code, d'accord en cela avec le droit romain, le permet expressément. (Art. 1536.) Dans ce cas, la femme conserve l'entière administration et la jouissance de ses biens, elle en avait même à Rome la libre disposition. Chacun des époux jouit alors de ses biens, et les administre comme bon lui semble. Dans cette situation, qui peut les empêcher de faire des conventions matrimoniales qu'ils regrettent de n'avoir pas faites

(1) *Voy.* la préface du *Traité de la communauté* de Pothier, n° 9.

(2) *Voy.* Duranton, n° 38.

(3) *Junge* loi 26, § 2, *ibid.*

avant la célébration de leur mariage, et que l'expérience, l'habitude d'une vie commune, la connaissance de leurs caractères respectifs, les mettent à même de faire avec plus de maturité et beaucoup mieux qu'auparavant?

Mettons à l'écart les idées qu'ont pu nous donner les traditions, presque toujours reçues sans examen, et fondées sur les préjugés : nous trouverons que loin de réprouver ces conventions, la raison les approuve (1).

25. La disposition de l'art. 1395, qui porte que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage, est une conséquence de la précédente, et ne paraît pas plus conforme à la raison ; elle est en opposition avec cette grande règle d'équité naturelle, que nous a transmise la sagesse des jurisconsultes romains : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur; nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur* (2). (L. 35, ff. *de reg. jur.*)

Rien ne paraît plus raisonnable que cette règle, et son application aux conventions matrimoniales. Supposons deux époux dont le contrat de mariage porte exclusion de communauté, conformément à l'art. 1536 du Code. Chacun jouit de ses biens, les administre comme il lui plait, et s'il fait des économies ou des acquêts, ce n'est que pour son propre compte : il en résulte qu'il n'existe entre eux aucun intérêt commun, quoiqu'ils aient des dépenses et des devoirs communs.

Si, dégoûtés enfin, par sentiment et par expérience, de ce triste isolement de leurs intérêts, si peu convenable à deux individus dont la nature a si intimement et pour toujours uni les personnes, les deux époux désirent en revenir au droit commun, en établissant entre eux le régime de la communauté, ce retour au droit commun, toujours si favorable, leur sera-t-il donc interdit? Loin de réprouver un pareil acte, la raison y applaudit (3).

26. Cependant l'ancienne jurisprudence française ne le permettait pas ; elle voulait que toutes les conventions matrimoniales fussent faites avant le mariage, et déclarait nuls tous les changements qu'on y faisait depuis la signature du contrat, soit avant, soit après la célébration du mariage, sans le consentement des parents.

27. Cette nécessité de la présence des parents aux conventions matrimoniales des époux remonte à une haute antiquité; car elle paraît nous être venue des peuples d'origine germanique qui vinrent s'établir dans les Gaules, et qui nous apportèrent un si grand nombre de leurs institutions avec le régime de la communauté. Chez ces peuples, on ne pouvait donner ses immeubles sans le consentement de ses héritiers (4). De là la nécessité d'appeler les parents des deux familles aux fiançailles et aux conventions matrimoniales, pour veiller à leurs intérêts, sans quoi elles étaient nulles (5).

Plusieurs de nos anciennes coutumes prouvent que cet usage avait passé en France, et qu'il s'y maintint. L'ancienne coutume de Bourgogne, rédigée en 1459, titre 4, art. 7, et la nouvelle, réformée en 1570, art. 26, exigent le consentement des plus proches parents *habiles à succéder aux époux,* pour la *validité de leurs conventions et donations.*

Ce fut donc pour l'intérêt des familles que fut introduite la nécessité de la présence des parents aux conventions matrimoniales (6).

28. Ce fut encore par cette raison que la nécessité de la présence des mêmes parents fut exigée pour la validité de tous les contrats ou traités faits entre époux, dont l'un d'eux pouvait retirer quelque profit, comme nous l'apprend encore l'art. 26 de la coutume de Bourgogne : « Le mari et la femme ne peuvent faire traité, donation, confusion ou autres contrats, constant leur mariage, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ou autrement, si ce n'est *du consentement des plus prochains parents vivants, qui devraient succéder au mari ou à la femme.* »

29. Cette disposition finale fait bien voir que la présence des parents n'était exigée que pour les mettre à même de veiller à leurs intérêts et à ceux de leurs familles. Aussi le savant Bouhier, sur cet article, adopte le sentiment de Dumoulin, ce grand oracle du droit coutumier. « Ce consentement est requis, dit-il, *non solo favore mulierum, sed etiam favore agnatorum et cognatorum, ne hæreditaria bona diripentur.* »

30. Même raison d'exiger la présence des parents pour la validité des contre-lettres. La coutume de Paris portait, article 258 : « Toutes contre-lettres faites à part, et hors la présence des parents qui ont assisté aux contrats de mariage, sont nulles. » Ferrière, sur cet article, n° 5, observe que « quoique cet article semble

(1) Bellot, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, p. 5 ; Pothier, *de la Communauté*, n° 11; *Exposé de motifs*, dans Locré; *Nouveau Denisart*, v° *Contrat de mariage*, § 2; Rolland, v° *Contrat de mariage*, n° 41.

(2) La communauté légale ou conventionnelle ne peut être dissoute que suivant un des modes prévus par la loi : la dissolution ne peut s'opérer par convention entre époux durant le mariage. (Liége, 13 mars 1834.)

(3) *Voy.* Pothier, *Introduction à la communauté*, n° 18; Merlin, *Répert.*, v° *Convention matrimoniale*, § 2; Dumoulin, sur l'art. 110 de la coutume de Paris; Lebrun, *de la Communauté*, liv. 1, chap. 3, n° 9.

(4) Heineccius, *Elementa juris germanici*, lib. 2, § 354.

(5) *Ibid.*, lib. 1, §§ 188, 190, 193.

(6) *Voy.* Bellot, t. 1, p. 42 et 144, et discours de Siméon, au tribunat.

restreint aux contre-lettres faites après le contrat de mariage, il a lieu pour celles qui sont faites avant. » Aussi voyons-nous qu'un arrêt du 19 février 1716 (1) jugea nulle une donation faite entre les futurs époux, sans y avoir appelé leurs enfants, la veille de leur contrat de mariage.

Cet arrêt était conforme aux anciens principes, qui avaient fait introduire la nécessité de la présence des parents aux conventions matrimoniales des époux, et aux usages que nous avaient anciennement apportés les peuples d'origine germanique, qui s'étaient établis dans les Gaules. C'est de là que nous vient ce vœu si prononcé des coutumes pour la conservation des biens dans les familles, cette aversion pour les donations, que nous avons remarquée ailleurs (2).

« La raison, dit Ferrière (3), pour laquelle nos coutumes se sont écartées des lois romaines, en défendant aux conjoints par mariage toute espèce d'avantage et donation, est fondée sur le soin et le désir de conserver les biens dans les familles, qui a servi de fondement à la plus grande partie des dispositions coutumières, comme celle qui regarde les propres, les retraits et autres;... autrement, les conjoints par mariage qui n'auraient point d'enfants se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre et feraient passer les successions opulentes dans des familles étrangères. »

Ce qui prouve bien qu'on reconnaissait que la présence des parents n'était exigée que pour l'intérêt des familles, c'est que si l'avantage résultant d'une contre-lettre n'intéressait qu'un seul des époux, il suffisait de la présence des parents de l'autre. L'époux avantagé n'avait pas besoin de l'autorisation de ses parents pour rendre sa condition meilleure, et augmenter par là la masse des biens de sa famille (4).

31. Telle est l'origine de ce principe si souvent rappelé dans nos anciens auteurs, que les contrats de mariage sont irrévocables : *quorum æterna et perpetua debet esse auctoritas;* qu'ils sont censés intervenus non-seulement entre les deux conjoints, mais entre leurs familles respectives, lesquelles avaient intérêt que les clauses n'en fussent pas changées, pour empêcher *les biens d'une famille de passer dans une autre,* dit Pothier (5).

32. Ces principes, et les conséquences qui en dérivent, conservèrent longtemps toute leur force, et un arrêt du mois de juin 1640, rapporté par Ferrière (6), jugea valable la clause d'un contrat de mariage, où il était stipulé que les futurs, en quelque lieu qu'ils eussent leur domicile, ou que leurs biens fussent situés, ne pourraient se faire aucune donation entre-vifs ou par testament, et qu'en conséquence ils n'avaient pu se faire, pendant le mariage, même le don mutuel et autorisé par la coutume de Paris.

« Cette décision, dit Pothier (7), ne pouvait souffrir aucune difficulté, lorsqu'on regardait les conventions des contrats de mariage comme des conventions qui étaient censées intervenir, non-seulement entre les deux futurs conjoints, mais encore entre leurs familles respectives, lesquelles avaient intérêt de faire cette convention, pour empêcher que les biens d'une famille ne passassent à l'autre. »

Mais tout change avec le temps. Les préjugés se dissipent, et la raison prend enfin le dessus. Pothier, au même endroit, nous apprend qu'un siècle après, un arrêt de règlement, du 17 mai 1762, qu'il rapporte dans son *Traité de la Communauté,* n° 339, « établit pour principe que les conventions matrimoniales *ne doivent plus être regardées que comme des conventions entre les seules parties contractantes;* » ce qui est entièrement conforme à la raison et aux principes du droit.

Ainsi s'évanouit sans retour cette vieille maxime à laquelle nos anciens auteurs attachaient tant d'importance : « Le contrat de mariage établit une loi immuable entre les deux familles. » Il est enfin reconnu, dès le siècle dernier, que le contrat de mariage, comme tous les autres contrats, ne forme de loi et n'a force qu'entre *les seules parties contractantes.*

33. Ce contrat, comme tous les autres, pourrait donc être changé par elles, ou résolu d'un consentement commun, si d'autres motifs ne s'y étaient opposés.

34. Mais restait le texte de nos coutumes, qui n'avait point changé avec le principe sur lequel il était fondé. Ce texte continuait de défendre aux conjoints de se rien donner, de se faire aucun avantage direct ou indirect, pendant le mariage. On continua donc d'en conclure que leurs droits étaient irrévocablement fixés à l'époque de la célébration, soit par le contrat exprès qu'ils avaient consenti et souscrit, soit par la coutume, qui, à défaut d'autre contrat, établissait entre eux une communauté légale fondée sur un contrat tacite ou présumé, en vertu duquel ils étaient censés, par leur silence, avoir choisi la coutume pour leur contrat de mariage.

En sorte que tout ce qu'on retranchait, changeait ou ajoutait, depuis la célébration du ma-

(1) Il est rapporté dans le *Traité des contrats de mariage,* t. 1, p. 212; dans le *Répertoire* (édit. Tarlier), v° *Contre-lettre,* et par Pothier, préface du *Traité de la communauté,* n° 14.

(2) T. 5.

(3) Sur l'art. 282 de la coutume de Paris, glos. 1, n° 6.

(4) *Voy.* le *Nouveau Denisart,* v° *Contrat de mariage,* § 4, n° 11; le *Répertoire,* v° *Contre-lettre.*

(5) *Traité des donations entre mari et femme,* n° 27.

(6) Sur l'art. 280 de la coutume de Paris, glos. 2, n° 26.

(7) *Traité des donations entre mari et femme,* n° 28.

riage, soit aux clauses du contrat écrit, soit à celles du contrat tacite, c'est-à-dire aux dispositions de la coutume sur la communauté légale, contenait nécessairement un avantage pour l'un ou l'autre des conjoints, puisque ces changements, additions ou retranchements, changeaient aussi, ajoutaient ou retranchaient quelque chose aux droits de l'un des deux; et par conséquent, les contrats de mariage postérieurs à la célébration, ainsi que les changements faits au contrat antérieur, étaient nuls, comme contenant un avantage prohibé, au moins indirect.

35. Tels étaient les principes sur cette matière avant les lois nouvelles qui abrogèrent la prohibition faite aux époux par les coutumes de se faire des donations pendant le mariage. La loi du 17 nivôse an II, art. 14, ne mit de limites à la faculté qu'elle rendit aux époux de s'avantager depuis comme avant le mariage, que dans le cas où il y aurait des enfants. Dans ce seul cas, les donations devaient être réduites à la moitié, en usufruit seulement, des avantages qu'ils s'étaient faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis.

L'article 1094 du Code permit aux époux de se donner pendant le mariage tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger.

Il n'existait donc plus de motif pour maintenir la nullité des contrats postérieurs à la célébration du mariage, et des changements faits aux contrats antérieurs, sous le prétexte qu'ils contiennent un avantage au moins indirect en faveur de l'un des époux; car dès lors qu'il leur est permis de s'avantager directement, ils peuvent le faire indirectement, n'importe sous quelle forme. La jurisprudence de la cour de cassation a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat. Elles sont valides jusqu'à concurrence de la portion disponible. Ainsi, le législateur ne pouvait plus répéter la nullité absolue, ni des conventions postérieures à la célébration, ni des changements faits depuis aux conventions matrimoniales antérieures, sans être dans une contradiction évidente avec lui-même, et avec la disposition qui permet aux époux de s'avantager pendant le mariage, et de se donner *tout ce dont ils pourraient disposer en faveur d'un étranger.*

Il nous paraît donc bien démontré que non-seulement les motifs qui faisaient autrefois prononcer la nullité absolue des conventions matrimoniales postérieures à la célébration, et d'y faire aucun changement, n'existent plus dans notre nouvelle législation, mais encore qu'on ne pourrait plus répéter cette nullité absolue sans être en contradiction avec les principes du Code sur les donations entre époux (1).

36. Aussi nos législateurs se sont-ils bien gardés de prononcer cette nullité, et l'on ne saurait l'induire du texte des art. 1394 et 1395. Le premier porte que les conventions matrimoniales seront rédigées par écrit avant le mariage.

Donc les conventions rédigées postérieurement ne sont point reconnues par le Code pour des *conventions matrimoniales*, et n'ont ni la force ni les effets que le Code donne à ces dernières.

« Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration. »

Donc les actes qui en changent ou détruisent les clauses n'ont ni le caractère ni la force des conventions matrimoniales proprement dites.

Telle est encore la conséquence directe et nécessaire de ce texte, ainsi que du précédent, dont il n'est que la suite; mais aussi c'est la seule conséquence qu'on puisse raisonnablement tirer de ces deux textes. Le plus subtil dialecticien n'en saurait conclure, sans violer les règles de son art, que les conventions faites depuis la célébration du mariage, ainsi que les changements faits depuis aux conventions antérieures, sont absolument *nulles et sans effet* (2).

37. Ajoutez que les art. 1394 et 1395 gardent un profond silence sur cette nullité; silence qui suffit seul pour décider qu'ils n'ont pas voulu la prononcer.

. Car c'est une maxime consacrée par la jurisprudence de la cour suprême (3), que les nulli-

---

(1) *Voy.* Merlin, *Répert.*, v[is] *Convention matrimoniale*, § 2, *Contrat de mariage*, § 2; *Thémis*, t. 8, p. 229; Demante; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 33.

(2) Fourcroy et Tronchet, *Discussion au conseil d'État*; Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 59; Merlin, *Quest.*, v° *Remploi*, § 4; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 39.

(3) C'est ce que prouvent deux arrêts, l'un du 12 fructidor an x, l'autre du 12 prairial an XI.

Il s'agissait, dans le premier, de savoir si un mariage célébré par l'officier public, non dans la maison commune, comme le prescrivent les art. 1 et 3 de la sect. 4 de la loi du 20 septembre 1792, dont les dispositions sont répétées dans l'art. 75 du Code civil, était nul.

La cour suprême décida qu'il ne l'était pas, « attendu que les art. 1 et 3 de la sect. 4 de la loi du 20 septembre 1792, en désignant le lieu où le mariage sera célébré, n'ont joint à cette désignation aucune clause irritante ou prohibitive de le célébrer ailleurs;

» Attendu que la formalité, introduite par cette désignation, est étrangère à la substance de l'acte, et que la loi n'en prescrit pas l'observation *à peine de nullité.* »

Dans l'espèce du second arrêt, il s'agissait de savoir si un acte de mariage était nul, faute d'avoir été reçu par l'officier public du lieu du domicile de l'une des parties. La cour décida la négative, le 12 prairial an XI, « considérant que la disposition de la loi du 20 septembre 1792, qui veut que le mariage soit reçu par l'officier public *du lieu du domicile* de l'une des parties (art. 165 du Code), n'est ni prohibitive, ni irritante, et que la formalité qu'elle prescrit est étrangère à la substance de l'acte;

» Que le tribunal d'appel de Caen, en annulant cet acte de mariage..., a fait une fausse application des articles de la loi du 20 septembre 1792, *créé* une nullité, et, sous ce rapport, excédé ses pouvoirs. Casse et annule, etc. »

Ces deux arrêts sont rapportés dans les *Questions de droit* de Merlin, v° *Mariage*. Ils viennent à l'appui de ce

tés ne peuvent être établies que par la loi. Le juge ne peut les prononcer sans excéder ses pouvoirs : ce droit n'est réservé qu'à la loi seule. Aussi le législateur n'a point manqué de la prononcer expressément, lorsqu'il a voulu attacher cette peine à la contravention d'une disposition. C'est ce qu'il a fait notamment dans les dispositions relatives aux droits respectifs des époux, dont traite notre titre 5.

C'est ainsi qu'en donnant à la femme et à ses héritiers la faculté de renoncer à la communauté, l'art. 1453 ajoute que la convention contraire *est nulle*.

C'est encore ainsi qu'après avoir dit que les conjoints contribuent aux dettes de la communauté, *proportionnellement* à la part qu'ils prennent dans l'actif, l'art. 1521 ajoute que la convention contraire *est nulle*.

Enfin, c'est ainsi qu'après avoir dit, art. 1538, que, dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme *ne peut aliéner* ses immeubles sans le consentement *spécial* de son mari, le législateur a cru devoir ajouter à cette disposition, quoique rédigée en forme prohibitive, la peine expresse de nullité : « Toute autorisation générale d'aliéner ses immeubles, donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, *est nulle*. »

Comparez maintenant la rédaction de ces articles, où le législateur a cru devoir prononcer la peine de nullité d'une manière si expresse, avec la rédaction des art. 1394 et 1395, où, loin de la prononcer, il se borne à dire que *toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage : elles ne pourront recevoir aucun changement après le mariage ;* et où il garde un silence si profond sur une nullité très-expressément prononcée en ce cas par l'ancienne jurisprudence.

Ne voit-on pas, en lisant cette rédaction faite par des jurisconsultes consommés, nourris dans les principes de la coutume de Paris, que c'est à dessein qu'ils n'ont pas répété, sous l'empire du Code, une nullité qui se serait trouvée en contradiction avec les nouveaux principes sur les donations entre époux?

38. Mais en permettant à ceux-ci de se donner, le Code, art. 1096, veut, comme le droit romain, que toutes donations faites entre époux, pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, soient *toujours révocables;* et pour ne laisser aucune entrave à la révocation, il ajoute qu'elle pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari, ni par la justice.

Cette révocabilité doit, sans contredit, s'appliquer aux avantages indirects, aussi bien qu'aux avantages directs. C'est faire fraude à une disposition que de chercher des voies obliques et indirectes pour la rendre sans effet. On en a fait une règle de droit et avec raison : *Cum quod una via prohibetur, ad hoc alia via non debet admitti.* (Cap. 84, *de reg. jur.*, *in sexto.*) L'art. 1099 du Code confirme cette règle : « Les époux ne pourront se donner *indirectement* au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. » Ces dispositions sont donc applicables aux dons indirects, aussi bien qu'aux avantages directs.

Cela posé, il en résulte, par une conséquence nécessaire, que toutes les conventions postérieures à la célébration du mariage, qui ont pour objet de régler les droits des deux époux, ou de l'un d'eux, ou bien de changer les clauses des conventions matrimoniales antérieures, doivent être et sont, suivant l'esprit et les dispositions du Code, non plus nulles, comme autrefois, mais toujours révocables à la seule volonté de l'un des conjoints, sans le concours de l'autre, parce qu'elles contiennent, comme autrefois, un avantage, au moins indirect, en faveur de l'un d'eux, et qu'en leur permettant de s'avantager, le Code ne le leur permet que sous la condition de cette révocabilité (1).

39. Le Code procède d'une manière analogue à celle de l'ancienne législation. Elle déclarait absolument nulles toutes conventions des époux sur leurs droits respectifs, postérieures à la célébration du mariage, parce que tous les avantages directs ou indirects qu'ils se faisaient pendant le mariage étaient absolument nuls.

Le Code déclare ces avantages, non pas

---

que nous avons dit sur les nullités, etc., t. 4 (VII, éd. fr.), nos 482 et suiv.

Si, pour soutenir que l'art. 1395 emporte nullité des actes contraires à sa disposition, on alléguait qu'il est rédigé en forme prohibitive, *ne peuvent*, et que, suivant la loi 5, Cod., *de leg.*, tout acte contraire à la défense de la loi est nul, nous répondrions que cette loi n'a jamais été reçue en France, comme nous l'avons prouvé *ubi supra*, et nous ajouterions, suivant la remarque sensée de notre illustre compatriote, Bigot de Préameneu, l'un des rédacteurs du Code, que, dans cette loi, une expression négative ne constitue point une *prohibition*. Il s'agissait précisément de la formule *ils ne peuvent*. Béranger, dans les *Conférences au conseil d'État*, t. 2, p. 44, la trouvait dangereuse et disait :

« Il est impossible qu'il n'y ait pas quelque défaut d'attention dans un ouvrage aussi immense que le Code civil. On a donc à craindre qu'il ne se glisse, dans les articles par lesquels on n'aura point voulu établir de prohibition, quelques expressions qui paraissent ensuite prohibitives, et qui donnent lieu à des contestations. »

En effet, dans une foule d'articles du Code, la formule *ne peuvent* n'emporte point la nullité de l'acte contraire à leurs dispositions. Nous n'en citerons qu'un exemple entre plusieurs autres : L'art. 228 dit que la femme ne peut *contracter* un mariage nouveau avant dix mois écoulés depuis la dissolution du premier.

Cependant il est certain, et la cour suprême l'a décidé, que le mariage contracté avant les dix mois n'est pas nul. *Voy.* ce que nous avons dit t. 1, no 664.

(1) *Voy.* Dalloz, vo *Contrat de mariage*, no 117; Demante; Rolland de Villargues, no 197, vo *Donation déguisée;* Merlin, vo *Convention matrimoniale*, § 2.

nuls, mais toujours révocables : donc les conventions postérieures à la célébration doivent être également toujours révocables, mais non pas nulles.

40. Si elles ne sont pas révoquées, les avantages directs ou indirects qu'elles contiennent deviennent définitifs en faveur de l'époux avantagé. Elles sont confirmées par la mort de celui qui a fait l'avantage, toutefois sauf réduction, en cas d'excès.

Si elles sont révoquées, elles sont comme non avenues ; les choses restent dans le même état où elles étaient auparavant. Donnons-en deux exemples :

Titia, par son contrat de mariage avec Titius, lui a donné entre-vifs la pleine propriété du fonds Cornélien. On ne peut nier que ce ne soit là une convention matrimoniale. Ce don étant irrévocable, même par survenance d'enfants (art. 960), il est évident que Titius peut disposer du fonds Cornélien en faveur de toutes personnes capables de recevoir : il peut donc en disposer en faveur de son épouse, et lui donner ce qu'il en avait reçu en se mariant.

Il faut admettre cette conséquence, ou rayer du Code l'art. 1094.

Mais, en vertu de l'art. 1096, Titius, pendant sa vie, restera toujours le maître de la révoquer. S'il ne révoque pas, elle restera dans toute sa force par son prédécès : *morte confirmabitur ;* s'il survit, elle deviendra caduque par le prédécès de Titia.

Autre exemple :

Dans le contrat de mariage de Samuel Bernard, on avait stipulé l'exclusion de communauté, par la considération des immenses richesses mobilières du futur.

Celui-ci, satisfait d'une épouse qui fait son bonheur, et mû par un sentiment de reconnaissance et de générosité, au lieu de lui faire un avantage sous la forme d'une donation, passe avec elle un contrat par lequel, dérogeant à leur contrat de mariage, ils établissent entre eux la communauté légale, conformément au Code civil. C'est bien évidemment donner éventuellement et indirectement à son épouse la moitié de son immense fortune mobilière. Ce contrat n'est pas nul, comme il l'eût été sous l'ancienne jurisprudence, parce qu'il est aujourd'hui permis aux époux de s'avantager. (Art. 1094.) Mais il sera toujours révocable. (Art. 1096.) Si Samuel Bernard le révoque avant son décès, le contrat sera regardé comme non avenu, et l'épouse n'aura d'autres droits que ceux que lui donne son contrat de mariage.

S'il meurt sans avoir révoqué, ce contrat aura son plein et entier effet, et les droits de la veuve seront réglés par les dispositions du Code civil sur la communauté légale.

41. Ces exemples peuvent suffire pour indiquer comment on doit appliquer à tous les cas les principes du Code. C'est conformément à ces principes qu'il faut entendre l'art. 1595, dont l'application répand un grand jour sur la précédente discussion.

Il est ainsi conçu :

« Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

» 1° Celui où l'un des époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en payement de ses droits ;

» 2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas dans la communauté ;

» 3° Celui où la femme cède des biens à son mari, en payement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté.

» Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. »

Sous l'ancienne législation, les coutumes avaient tellement étendu, et l'on avait interprété avec tant de rigueur, les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre pendant le mariage (1), que la seule crainte qu'on n'éludât cette prohibition, en couvrant quelque avantage indirect sous le voile d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints toute espèce de convention ou de contrat, d'où l'un d'eux pût tirer quelque profit.

Ainsi, toute vente, tout échange, toute association entre conjoints, en un mot tout traité, étaient nuls.

L'art. 410 de la coutume de Normandie portait :

« Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou en partie. »

Celle de Nivernais, chap. 23, art. 27, dit : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre. »

L'art. 226 de celle de Bourbonnais dit que « le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme... *nec contra.* »

Pothier (2) pense que la disposition de ces coutumes doit être étendue à celles qui ne s'en sont pas expliquées. C'est aussi l'opinion de

---

(1) Sur cette sévérité outrée de ne se faire aucun avantage entre conjoints pendant le mariage, *voy.* des réflexions très-sensées de Basnage, sur l'art. 410 de la coutume de Normandie, au commencement de son *Commentaire.*

(2) *Traité des donations entre mari et femme,* n° 78.

Dumoulin sur l'art. 156 de l'ancienne coutume de Paris, n° 5. Il y pose en principe que les conjoints ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité, pas même un contrat d'échange : *nullum contractum, etiam reciprocum, facere possunt, nisi ex necessitate, nec etiam permutare possunt.*

Les conjoints étaient donc véritablement frappés d'une incapacité légale de contracter l'un avec l'autre; ce qui était d'une injustice manifeste, et contraire au droit naturel, puisque l'union intime que le mariage forme entre eux ne les empêche pas d'être deux personnes distinctes, tant au physique qu'au moral ; personnes qui ont des biens et des intérêts différents, et la capacité naturelle de les administrer et d'en disposer. Il était véritablement étrange que la femme, qui pouvait faire un commerce séparé de celui de son mari, faire par conséquent société avec un tiers, contracter avec lui, lui vendre les biens provenus de son commerce, ne pût faire aucun contrat avec son mari.

Le Code a rejeté, avec beaucoup de raison, cette injuste incapacité, manifestement incompatible avec la faculté qu'il laisse aux époux, de se donner tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger.

Mais, ne leur ayant accordé cette faculté que sous la condition de révocabilité perpétuelle de leurs dons, il n'a pas dû donner à tous les contrats; aux ventes, par exemple, que l'un des conjoints fait à l'autre, la même stabilité qu'aux contrats faits entre étrangers. L'art. 1595 a donc divisé ces contrats de vente en deux classes :

La première comprend toutes celles qui ont une cause légitime et connue; il en donne pour exemples celles qu'après la séparation judiciairement prononcée, l'un des époux fait à l'autre en payement de ses droits ;

2° Celles que le mari fait à sa femme, même non séparée, pour une cause légitime et connue; par exemple, pour le remploi de ses propres aliénés, ou pour collocation de deniers à elle appartenant, qui n'entraient point en communauté ; comme si la femme achète une terre de son mari, avec une somme économisée sur les produits de ses biens paraphernaux ;

3° Celles que la femme mariée sous le régime dotal fait à son mari, en payement de la somme qu'elle lui avait promise en dot; ou si, sans être soumise au régime dotal, elle s'est mariée avec la clause de séparation de biens, et a promis à son mari, pour soutenir les charges du mariage, une somme capitale en payement de laquelle elle lui cède des biens.

Dans tous ces cas, la cause de la vente, en la supposant vraie, est tellement légitime, qu'elle peut avoir quelquefois le caractère d'un payement forcé. Ainsi, dans tous ces cas, la vente a la même force qu'entre étrangers, et ne peut être attaquée que pour les mêmes vices qui pourraient faire annuler ou résoudre les ventes ordinaires. Il paraît seulement que le temps de la prescription pour demander la rescision ne courrait point pendant le mariage. (Argum., art. 2256).

Mais si, dans les trois cas dont on vient de parler, la vente, quoiqu'elle ait une cause légitime et connue, couvrait un avantage indirect, supérieur à la portion disponible, les héritiers de l'autre époux pourraient former l'action en réduction. C'est le sens de la disposition finale de l'article : « sauf, dans ces trois cas, les » droits des héritiers des parties contractantes, » s'il y a avantage indirect. »

Quant aux ventes entre époux qui ne se trouveraient point dans l'un des trois cas ci-dessus, c'est-à-dire qui n'ont pas de cause légitime apparente, par exemple, celle que sous la communauté légale le mari ferait à sa femme, à laquelle il ne doit aucun remploi ni aucune somme exclue de la communauté, d'un immeuble pour une somme de..., sans en indiquer l'origine, laquelle somme il a reçue comptant de son épouse, une pareille vente serait réputée donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente. Ainsi, loin d'avoir la force d'une vente faite entre étrangers, elle serait soumise à la révocabilité prononcée par l'art. 1096, contre les dons entre-vifs faits entre époux : cette vente conserverait toute sa force, si le mari ne la révoquait point avant sa mort, parce que la jurisprudence a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat.

Ainsi une telle vente n'est pas nulle; car il faut bien remarquer que l'art. 1595 ne la déclare pas telle. Il se borne à dire que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants, dont nous venons de parler. Il ne dit pas qu'il soit nul dans les autres cas. Ici donc encore s'applique la maxime que nous avons expliquée *supra,* que les nullités ne peuvent être établies que par la loi ; que le juge ne peut les suppléer; en un mot, que la loi seule a le droit de les prononcer. L'application de cette maxime à notre art. 1595 devient évidente, quand on compare sa rédaction avec celle des deux articles suivants. L'art. 1595 porte simplement : « Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre les époux que dans les trois cas suivants, etc. » Cet article ne prononce pas la nullité de la vente faite dans les autres cas.

Au contraire, l'art. 1596 porte : «Ne peuvent se rendre adjudicataires, *sous peine de nullité,* ni par eux ni par personnes interposées, les tuteurs des biens de ceux dont ils ont la tutelle, etc... »

L'art. 1597 porte : « Les juges, leurs suppléants, etc., ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux, qui sont

de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, *à peine de nullité*, etc. »

De ces trois articles, tous les trois rédigés en forme prohibitive, *ne peuvent*, ce n'est que dans les deux derniers que le législateur a prononcé la nullité de l'acte contraire à sa défense, et non dans le premier. Pourquoi donc cette différence ? Ce n'est sûrement point par oubli : c'est donc parce qu'il n'a pas voulu la prononcer dans le premier cas ; et pourquoi ne l'a-t-il pas voulu ? Parce qu'il savait que les ventes entre époux, quand elles n'ont pas une cause bien connue, sont considérées comme des donations déguisées, et que les donations indirectes ou déguisées entre époux ne sont pas nulles, mais seulement révocables.

Ainsi, en expliquant les art. 1394, 1395 et 1595 par l'art. 1094, toutes les dispositions du Code sont dans un parfait accord. Cette vérite nous paraît tellement claire, que les préjugés que peut élever l'ancienne jurisprudence ne sauraient l'obscurcir, dans les esprits qui se donnent la peine de réfléchir.

42. Après avoir expliqué le véritable sens de l'art. 1395, qui porte que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement *après* la célébration du mariage, il faut voir comment elles peuvent être changées par des contre-lettres, *avant* la célébration, et après la signature du contrat de mariage.

C'est un principe de raison naturelle que l'homme peut toujours changer de volonté, sans devoir compte à personne de ce changement, pourvu qu'il ne préjudicie point aux droits d'autrui (1). Si le contrat qu'il a librement consenti enchaîne sa liberté, ce n'est qu'envers l'autre contractant. Il est donc évident que si tous les deux changent de volonté, ils peuvent, d'un consentement commun, changer, modifier ou dissoudre leur premier contrat, de la manière qu'il leur plaît ; car rien n'est plus naturel, plus conforme à la raison, que de dissoudre un lien de droit de la même manière qu'il a été formé.

Les conventions matrimoniales ne sont point exceptées de cette règle. Elles peuvent donc être, avant la célébration du mariage, changées, modifiées, ou détruites d'un consentement commun, par un contrat postérieur à la signature de l'acte qui les contient. L'art. 1396 exige seulement qu'ils soient *constatés par acte dans la même forme que les contrats de mariage*, c'est-à-dire par acte devant notaire, car étant destinés à faire partie de ce contrat, ils doivent nécessairement, pour en avoir la force, être constatés de la même manière.

L'art. 1396 ajoute : « Nul *changement* ou *contre-lettre* n'est au surplus valable, sans la présence et le consentement *simultané* de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. »

43. Cet article et le suivant, qui parlent aussi des *changements et contre-lettres*, indiquent que le changement et la contre-lettre sont deux choses différentes ; et c'est surtout en ce qui concerne les contrats de mariage que cette différence est sensible.

Les parties changent un contrat, lorsqu'elles en étendent, modifient ou restreignent les clauses, lorsqu'elles en retranchent quelques-unes, soit pour leur en substituer d'autres, soit pour les supprimer entièrement et les rendre sans effet.

Mais ce n'est point changer un contrat que d'y faire quelque addition, qui en laisse subsister toutes les clauses dans leur intégrité, et sans altération. Par exemple, je vous ai vendu la métairie de la Belleville, avec toutes ses dépendances. Depuis le contrat parfait et signé, nous faisons une seconde convention, par laquelle ajoutant au contrat par lequel je vous ai vendu la métairie de la Belleville, je déclare que les Champs-Neufs, qui n'en dépendaient point, en feront désormais partie, et sont compris dans la même vente. Ce n'est point là faire un changement au premier contrat, puisque toutes les clauses en demeurent dans toute leur force et dans toute leur intégrité ; c'est plutôt faire un nouveau contrat (2).

44. Dans les contrats de mariage, au contraire, on regardait autrefois comme un changement prohibé toutes additions, celles même qui n'influent en rien sur les clauses insérées dans le contrat, et qui les laissent subsister dans leur intégrité. Par exemple, on regardait les donations que se faisaient les futurs époux hors la présence de leurs parents, entre la signature de leur contrat de mariage et la célébration, comme des changements ou contre-lettres, dont la jurisprudence prononçait la nullité (3).

45. On sait qu'avant que l'usage de l'écriture fût devenu commun, tous les actes publics étaient désignés par le mot *lettres*. C'est de là que s'est formé le mot *contre-lettre*, c'est-à-dire acte contre le contrat. Le contrat et la contre-lettre sont donc deux actes séparés, dont le premier ne peut produire d'effet qu'en ce qui ne se trouve pas détruit ou changé par la contre-lettre.

Les contre-lettres, de leur nature, n'ont rien d'illicite ni d'odieux. Ce sont de véritables contrats, ou, si l'on veut, des *distracts*, naturellement permis aux parties qui veulent révoquer

(1) « Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. » (L. 75, ff. *de reg. jur.*)

(2) Bellot, t. 1, p. 56, 63 ; Dalloz, vº *Contrat de mariage*, nº 141.

(3) *Voy.* Louet, lettre L, vº *Contre-lettre en contrat de mariage*, nºs 4 et 5.

ou changer, en tout ou en partie, un précédent contrat.

Le principe général est donc qu'elles obligent ceux qui les ont souscrites, même lorsqu'elles n'ont point d'effet contre les tiers. Ce principe est établi par l'art. 1321 du Code.

46. Cependant, comme elles peuvent servir à couvrir ou à préparer des fraudes contre des actes qui doivent paraître en public, on destine souvent les contre-lettres à être tenues secrètes, au moins pendant un certain temps. Il y en a même qui ne sont pas autre chose qu'une reconnaissance que le premier acte, en totalité ou en partie, n'est pas sérieux, mais qu'il n'est que simulé. C'est contre le secret des contre-lettres que la jurisprudence s'est toujours élevée, et c'est ce qui fait que la justice les regarde toujours avec défiance, et d'un œil peu favorable.

Les contrats de mariage étant les actes les plus importants de la société, ce sont les fraudes qu'on y peut commettre au moyen des contre-lettres secrètes que l'ancienne législation s'était étudiée à prévenir, et surtout les fraudes que les futurs conjoints pourraient faire au préjudice de la famille de l'un ou de l'autre. Nous avons vu, *supra*, que ces contrats étaient anciennement des pactes de famille, qui étaient censés intervenir, non-seulement entre les conjoints, mais entre leurs familles respectives dont les principaux membres devaient être présents, parce qu'ils avaient intérêt que les clauses du contrat ne fussent pas changées, pour *empêcher les biens d'une famille de passer dans une autre* (1).

C'était donc, dit fort bien Ferrière, pour empêcher les fraudes et les tromperies des conjoints au préjudice de l'une des familles, qu'on exigeait la présence des parents, non-seulement au contrat de mariage, mais aux contre-lettres ou changements que les futurs y voulaient faire. C'est pour cela que l'art. 258 de la coutume de Paris prononçait la nullité des contre-lettres qui étaient faites hors la présence des parents *qui ont assisté aux contrats de mariage*.

Cet article, rédigé en 1580, époque de la réformation de la coutume de Paris, suppose clairement qu'alors la présence des principaux parents des futurs était encore nécessaire aux contrats de mariage.

D'autres coutumes du même temps le supposent également, comme celle de Bourgogne, article 26, et elles indiquent en même temps le motif de la présence des parents. Nous en avons parlé *supra*, nos 27 et suivants (2).

47. Insensiblement, cette nécessité de la présence des parents ne fut plus tirée à rigueur à l'égard des majeurs. La présence des parents à leur contrat de mariage ne fut plus regardée que comme de bienséance, et l'on en vint enfin à penser que deux personnes maîtresses de leurs droits, qui n'avaient plus besoin du consentement de leurs familles ni de leur présence pour contracter mariage et pour le célébrer, n'en avaient pas plus besoin pour arrêter et régler leurs conventions matrimoniales, quant aux biens.

Mais la coutume de Paris, ni les autres semblables, n'avaient changé avec l'opinion publique. Son texte, spécialement relatif aux contre-lettres, demeurait le même sans aucun changement, quoique le motif qui l'avait dicté n'existât plus, et l'on continua de juger la présence des parents nécessaire pour les contre-lettres, quoiqu'elle ne fût plus nécessaire pour les contrats de mariage, qu'on ne considérait plus comme une loi des deux familles, mais seulement comme des conventions *entre les seules parties contractantes*.

48. Cette jurisprudence offrait une disparate bien choquante. Quoique les conjoints ne fussent plus obligés d'appeler leurs parents, même leurs ascendants, à leur contrat de mariage, néanmoins, lorsque, par bienséance, ils y avaient appelé même des collatéraux, ils ne pouvaient plus, sous peine de nullité, faire de nouvelles conventions, rien changer, ajouter, ni retrancher à leur contrat de mariage sans les appeler, quoiqu'ils pussent faire ce contrat sans la présence de leurs ascendants et sans les consulter. Pour sauver cette disparate ou cette incohérence, on imagina donc un nouveau motif à la disposition de la coutume, qui exigeait, sous peine de nullité, la présence aux contre-lettres des parents, même collatéraux, qui avaient assisté au contrat de mariage, et l'on dit : « Quoique des conventions de mariage ne soient pas vicieuses par cela seul qu'elles ont été faites à l'insu des parents, néanmoins, l'affectation marquée de ces conjoints de cacher à leurs parents et *au public* leurs conventions, en les faisant à part, et par acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les conjoints ont eu honte, et qui doivent pour cela être présumées avoir été dictées plutôt par la passion que par de justes motifs. C'est là ce qui a porté la coutume à les déclarer nulles. » (Pothier, préface du *Traité de la communauté,* n° 15.)

49. Le raisonnement de Pothier conduirait à faire déclarer nuls les contrats de mariage faits hors la présence des ascendants et des parents qui demeurent dans le lieu où se fait le contrat; car la présomption que les conjoints ont eu honte de leurs conventions s'appliquerait

(1) *Voy.* Pothier, *Traité des donations entre mari et femme,* n° 27.

(2) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 56 et 57.

certainement au cas où ils les cachent à leurs pères et mères et à leurs familles, présents dans le lieu où ils contractent.

Les auteurs qui ont écrit depuis Pothier n'ont fait que le copier sur ce point. On avait perdu de vue le véritable motif, qui faisait anciennement exiger la présence des parents aux conventions matrimoniales des futurs, quoique ce motif fût rappelé dans le commentaire de Ferrière sur l'article 258 de la coutume de Paris, que nous avons cité.

Il nous paraît cependant de toute évidence qu'en reconnaissant, ce dont Pothier même convient, que la présence des parents n'était pas nécessaire pour la validité des contrats de mariage, on ne peut raisonnablement dire que par cela seul qu'ils y ont assisté, leur présence devient nécessaire pour la validité des changements ou des additions que les futurs, seules parties contractantes, peuvent y faire avant la célébration. Ce serait les avertir qu'il est prudent d'écarter leurs parents de leur contrat de mariage et leur dire : « Prenez-y garde. Si vos parents y assistent, vous ne pourrez plus rien changer, rien ajouter à votre contrat de mariage, pas même réparer un oubli qui vous serait échappé, sans les appeler tous. Au contraire, s'ils n'ont point assisté au contrat, vous resterez libres d'y changer, modifier ou ajouter tout ce qu'à la réflexion vous jugerez à propos. »

Il nous est donc impossible de croire que le respect humain, cette mauvaise honte alléguée pour rendre raison d'une incohérence dans la jurisprudence des arrêts, ait été le motif de l'art. 258 de la coutume de Paris, qui prononce la nullité des contre-lettres *faites à part et hors la présence des parents qui ont assisté aux contrats de mariage*. La véritable raison, comme nous l'avons dit ci-dessus, est qu'anciennement la présence des parents aux contrats de mariage, et par conséquent aux changements ou additions qui en font partie, était encore alors regardée comme nécessaire pour veiller à leurs intérêts.

50. Le Code en est revenu à des principes plus raisonnables. Il n'a point exigé, pour la validité des contre-lettres et des changements faits aux contrats de mariage, la présence des parents, qui n'est pas nécessaire aux contrats; mais il exige, comme nous l'avons déjà vu, « la présence et le consentement *simultané* de toutes les personnes *qui ont été parties* dans le contrat. »

La simple raison dit, en effet, que lorsque plusieurs personnes ont été parties dans un contrat, le consentement de toutes est nécessaire pour le résoudre ou pour le modifier.

Le Code exige que la présence et le consentement de toutes les parties soient simultanés, c'est-à-dire donnés en même temps, parce que des consentements séparés s'obtiennent plus facilement. Tel consent seul, qui refuserait s'il était accompagné ou soutenu par d'autres. D'ailleurs, la présence de toutes les parties peut faire naître une discussion qui donne des éclaircissements auxquels on n'avait pas songé. On proposa au conseil d'État d'ajouter à la fin de l'article : *ou elles dûment appelées*, afin que la mauvaise volonté d'une des parties ne pût nuire aux autres contractants.

On répondit que l'article ne concerne que les contractants, et non les témoins et les tiers.

On insista, et l'on dit qu'un tiers peut avoir été partie au contrat : tel serait un donateur étranger à la famille.

On répliqua que l'article s'appliquait à tous les donateurs, même étrangers; que tout est corrélatif en cette matière, et que tel n'a donné au mari que parce que tel autre a donné à la femme.

Toutes ces réponses sont justes; mais elles ne décidaient point la question, sur laquelle on ne prit aucun parti. S'il était absolument nécessaire que toutes les parties comparussent au nouvel acte, il pourrait devenir impossible de faire les changements désirés, et le mariage pourrait manquer. Malleville, sur cet article, pense donc avec raison que dans cette hypothèse, comme dans toutes les autres, il suffit que toutes les parties soient dûment appelées pour assister au changement ou à la contre-lettre. Si elles ne comparaissent pas, elles sont censées y consentir (1).

51. Les personnes qui sont parties dans un contrat sont celles qui y stipulent ou promettent quelque chose en leur privé nom, sans la présence et le consentement desquelles certaines clauses n'y pourraient être insérées; et non celles qui n'assistent que comme conseils, ou par honneur et bienséance. Par exemple, il est d'usage de référer, dans le contrat de mariage des futurs, la présence des pères et mères, ou autres ascendants, même des majeurs, pour *assister et autoriser* leurs enfants. Ces expressions, ou autres semblables, employées par une juste déférence pour l'autorité paternelle, ne constituent point les pères et mères parties dans le contrat, si d'ailleurs ils ne s'obligent à rien en faveur des futurs, ni des enfants à naître du mariage proposé (2). Dans ces cas, la présence des pères et mères n'est point exigée par le Code, pour la validité des changements ou contre-lettres que la réflexion peut suggérer aux futurs, depuis la signature de leur contrat de mariage. Ces changements peuvent donc être

(1) *Voy.* Battur, t. I, p. 49. *Contra*, Favard, v° *Contrat de mariage;* Bellot, t. I, p. 54; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 53, 54. Voy. *infra*, n° 65; Rolland, n° 245.

(2) Mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 57.

faits valablement hors la présence des pères et mères, quoiqu'ils aient assisté au contrat, pourvu, toujours, que ce soit par acte passé devant notaire.

Mais la présence des pères et mères devient indispensable s'ils ont promis à leurs enfants une dot, une pension, ou tout autre avantage quelconque; car alors ils sont ce que le Code appelle *parties dans le contrat* (1).

52. Il en est de même de toute personne bienveillante, même étrangère à la famille, qui serait intervenue au contrat pour y faire quelque dot ou avantage aux futurs ou à l'un d'eux.

Dans les procès-verbaux des conférences tenues au conseil d'État, sur la discussion du Code, Berlier, qui présenta le titre *du Contrat de mariage* à la discussion, nous apprend qu'on entendit appliquer la disposition de notre article 1396 à tous donateurs, même étrangers à la famille, parce qu'en cette matière il y a *corrélation* et *indivisibilité* des clauses du contrat. Par exemple, le mari reçoit un don de 20,000 fr. d'une personne qui peut-être ne les lui eût pas donnés, si pareil avantage n'eût pas été fait à la femme par une autre personne. « S'il était permis, dit-il, de révoquer ou de modifier cette dernière disposition sans la présence de l'auteur de la première, ne serait-ce pas souvent une fraude envers lui? Il faut donc, en cas de changement, que toutes les parties y concourent, et les donateurs, quels qu'ils soient, ne sauraient être considérés comme des tiers ou de simples témoins (2). »

53. Supposons que, dans l'espèce proposée, les deux donateurs soient appelés à l'acte par lequel il s'agit de révoquer ou de modifier la seconde donation; l'autre pourra s'y opposer sans contredit, puisque notre article exige non-seulement la présence, mais encore *le consentement simultané* de toutes les parties; et si, contre son opposition, les futurs, d'accord avec le second donateur, consentent que la seconde donation soit révoquée ou réduite, la révocation ou réduction ne sera pas valable, et nonobstant l'acte de réduction ou de révocation passé contre l'opposition, ou nonobstant le non-consentement du premier donateur, les futurs époux, s'ils sont de mauvaise foi, pourront, dans la suite, demander la maintenue ou l'exécution pleine et entière de la donation révoquée ou réduite, comme ils pourraient le faire si le premier donateur n'avait pas été présent à l'acte.

54. Mais celui-ci pourrait-il, sous prétexte de sa non-présence ou de son opposition, demander la révocation de la donation qu'il avait faite?

Nous avons déjà dit que si le donateur est appelé pour assister au changement, et qu'il ne comparaisse pas, il est censé y consentir. S'il comparaît et déclare s'opposer, il peut demander acte de son opposition, et on ne peut le lui refuser. S'il ajoute que, dans le cas où le changement serait fait contre son opposition, il révoque son bienfait, il paraît que le donataire ne pourra le contraindre à exécuter la donation; car elle est censée n'avoir été faite que par la considération et sous la condition que toutes les clauses et stipulations du contrat de mariage auraient leur effet. Ainsi le pense Malleville, sur l'article 1396.

55. Enfin, si le changement est fait sans l'y avoir appelé, le donateur pourra-t-il également, sous ce prétexte, révoquer sa libéralité? Il semble qu'il y a de la difficulté; car ce n'est que le changement que le Code déclare non valable : d'où résulte que, nonobstant le changement, le donataire conserve tous ses droits, et peut faire déclarer le changement invalide. Cela posé, le donateur, qui n'y a pas été appelé, reste sans prétexte pour révoquer sa libéralité.

Cependant, s'il vient à découvrir le changement qu'on lui a caché, ne peut-il pas notifier qu'il révoque sa libéralité, et faire citer le donataire, pour la voir déclarer nulle? Oui sans doute (3).

56. Mais si ce donataire, pour se soustraire à la révocation, agissait de suite contre l'autre personne que le changement favorise pour en demander la nullité, le donateur ne pourra-t-il point répondre que le droit de révoquer sa libéralité lui est acquis du moment où le donataire a consenti à un changement clandestin, sans le consulter? Cette question, et beaucoup d'autres, ne sont point décidées par le Code, et ne peuvent l'être que par induction des principes généraux, dont l'application est difficile, lorsque les conséquences sont éloignées.

Il nous paraîtrait dur d'autoriser la révocation, quand le donataire a réparé sa faute, en faisant déclarer nuls les changements faits sans consulter le donateur; car si la donation est censée faite sous la condition que toutes les clauses du contrat de mariage auront leur effet, ce n'est qu'une condition tacite et présumée, une présomption qui n'est pas établie par la loi, qui ne doit pas produire son effet de plein droit, et qui est abandonnée à la prudence du magistrat.

57. Si le changement que les futurs désirent faire ne pouvait intéresser en rien ni l'un ni l'autre des donateurs qui ont été parties au contrat de mariage; par exemple, s'il s'agissait de réparer un oubli, de stipuler que la future

(1) *Voy.* Dalloz, *ubi supra*, n° 149; Bellot, t. 1, p. 42.
(2) *Voy.* t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 189.

(3) *Voy.* Rolland, *ubi supra*, n°s 249, 257; Bellot, t. 1, p. 62.

aura la faculté de reprendre, hors part, à l'époque de la dissolution du mariage, ses bijoux et les effets à l'usage de sa personne, la non-présence ou l'opposition des deux donateurs, ou de l'un d'eux, rendraient-elles également le changement non valable?

La négative ne nous paraît pas douteuse, si l'on ne consulte que la simple raison, et même les motifs exposés par Berlier au conseil d'État. Sans doute, lorsqu'il s'agit de changer ou de modifier un contrat, dans lequel il se trouve trois, quatre parties ou même plus, il faut que toutes consentent aux changements ou modifications d'une clause qui les intéresse, ou qui peut les intéresser toutes; mais si, entre les clauses d'un tel contrat, il s'en trouve qui n'intéressent que deux parties seulement, il nous paraît que. pour changer ou modifier les clauses, il suffit du consentement de ceux qu'elles intéressent; celui des autres parties est inutile. Ainsi, dans l'exemple proposé, le prélèvement des bijoux et des effets à l'usage de l'épouse, stipulé par les deux conjoints, depuis la signature du contrat de mariage, ne pouvant intéresser en rien les deux donateurs, on ne saurait raisonnablement supposer que cette clause de prélèvement, insérée d'abord dans le contrat de mariage, eût empêché la libéralité de l'un ou de l'autre des donateurs. La nouvelle clause ajoutée au contrat paraît donc valable.

On peut opposer que le texte de l'art. 1396 est tellement général et tellement prohibitif, qu'on n'y saurait faire aucune distinction ni exception, relativement aux changements à faire à des contrats de mariage : « *Nul changement* n'est *valable* sans la présence et le consentement simultané *de toutes les personnes* qui ont *été parties* au contrat. »

Ainsi, point de distinction entre les changements; tous sont compris dans la disposition (1).

58. Mais prenons bien garde que ce n'est que des *changements* que parle cet article. Or les clauses additionnelles aux contrats de mariage sont-elles, suivant le Code, des changements qui exigent, pour leur validité, la présence et le consentement de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat, lors même que ces additions n'en altèrent point la substance, et qu'elles en laissent subsister les autres clauses dans toute leur intégrité? C'est ce qu'on ne saurait raisonnablement croire. Il n'y a point, entre ces additions et les clauses du contrat, cette indivisibilité, cette corrélation que remarquait Berlier (voyez *supra*, n° 52) entre les premières clauses du contrat et les changements qu'on y fait. Ajouter, ce n'est pas changer. Or le Code n'a pas dit : Nul changement *ni addition* n'est valable sans la présence et le consentement de toutes les personnes qui ont été parties au contrat; il ne parle que des *changements* ou *contre-lettres*, et nous ne devons pas étendre le sens naturel de ces mots, en y comprenant les *additions*, dont la nature est très-différente de celle des changements. On ne peut également prétendre que les additions soient comprises sous le nom de contre-lettres, lorsqu'elles ne contiennent rien de contraire aux clauses du contrat (2).

59. Cependant, Pothier enseigne que les clauses ou conditions additionnelles, quoique non dérogatoires au contrat de mariage, étaient regardées, dans l'ancienne jurisprudence, comme des contre-lettres frappées de nullité par l'article 258 de la coutume de Paris. « La coutume, dit-il, comprend ici, sous le terme de contre-lettres, non-seulement les conventions qui *dérogent et sont contraires* à quelqu'une de celles portées au contrat de mariage, mais *généralement* toutes les *nouvelles conventions* ou *donations* qui ne sont pas portées au contrat de mariage. »

Mais Pothier s'est trompé, en étendant *généralement à toutes les nouvelles conventions*, ajoutées au contrat de mariage, les décisions de l'ancienne jurisprudence des arrêts sur les donations dont il n'est point parlé dans le contrat de mariage, soit qu'elles l'aient précédé, soit qu'elles l'aient suivi.

Louet, si profondément instruit de la jurisprudence des arrêts, dit au contraire (3) : « Il n'y a que les contre-lettres, qui vont contre *la substance et la teneur* du contrat de mariage, et qui *détruisent les clauses d'icelui ou y dérogent*, qui sont défendues, *quando nempe deterior fit conditio dotis per pactum*, pour user des termes de la loi *si unus*, 27, § *pactus ne peteret, in fine*, ff. *de pactis, et quando clandestinis et domesticis fraudibus aliquid confingitur, vel id quod vere gestum est aboletur*, comme il est dit en la loi *data*, 27, C., *de donat.*, 8, 54.

» Autre chose est des contre-lettres, qui sont outre le contrat, qui *y ajoutent quelque chose*, l'exécutent ou expliquent ce qui est douteux et obscur, et ne *changent point la disposition ni la substance des conventions et conditions d'icelui; auquel cas elles sont valables*, comme il a été jugé par arrêt du 16 mars 1618, le premier président Verdun séant, en la cause de Mathieu Régnaut. »

Cette distinction entre les conventions additionnelles qui ne font qu'ajouter au contrat de mariage, sans déroger aux clauses d'*icelui*, et

---

(1) *Voy.* Dalloz, *du Contrat de mariage*, n° 141.

(2) *Voy.* Bellot, *du Contrat de mariage*, t. 1, p. 49, 55, 63. Mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 58; Zachariæ, § 503.

(3) Lettre C, som. 28, v° *Contre-lettre en contrat de mariage*, n° 5.

les conventions nouvelles qui y dérogent et le détruisent, est frappante et péremptoire, parce qu'elle est fondée sur la raison. Il est évident qu'on ne va point contre le contrat, on ne le change point, quand on ne fait qu'y ajouter des conventions qui en laissent subsister sans altération toutes les clauses et conditions.

60. L'erreur de Pothier est venue de ce qu'il a étendu *généralement* à toutes les conditions nouvelles ajoutées au contrat les décisions de l'ancienne jurisprudence, relatives aux donations en particulier. On trouve en effet, dans les additions au *Recueil* de Louet, même sommaire, n° 18, deux arrêts qui jugèrent qu'on devait regarder comme contre-lettre une donation faite par une veuve à son fiancé, dans l'intervalle du contrat de mariage au jour des épousailles, et en l'absence des parents. Un arrêt du 19 février 1716 déclara même nulle une donation entre futurs, faite la veille de leur contrat de mariage, où elle ne fut pas référée.

C'est cette jurisprudence particulière aux donations entre futurs que Pothier a étendue mal à propos à toutes les conventions qui ajoutent aux contrats de mariage. Il avait d'autant moins raison de le faire, que cette jurisprudence était fondée sur l'ancien principe de la conservation des biens dans les familles, dont nous avons ci-devant parlé, et qui avait autrefois fait considérer les contrats de mariage, non-seulement comme des conventions entre les futurs, mais encore entre leurs familles respectives, lesquelles avaient intérêt d'y assister et d'en connaître les clauses précisément, pour empêcher les futurs de faire passer leurs biens dans une autre famille, par des libéralités excessives, dictées par une passion aveugle.

Ces principes et les conséquences qui en dérivent étaient difficiles à déraciner, et ne cédèrent qu'au temps, qui finit toujours tôt ou tard par faire triompher la raison. Ce ne fut que fort avant dans le dernier siècle qu'il fut enfin reconnu, et même, dit Pothier (1), établi en principe, par un arrêt du 17 mai 1762, que les conventions matrimoniales ne doivent être regardées que comme des *conventions entre les seules parties contractantes.*

La conséquence de ce principe si vrai aurait dû, ce nous semble, faire changer la jurisprudence qui annulait les donations faites par les futurs, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration; car enfin, une fois reconnu et bien établi d'un côté, par cette jurisprudence lors nouvelle, que le contrat de mariage, de même que tout autre contrat, n'est qu'une convention entre les seules parties contractantes; d'un autre côté, que les additions qui ne changent ni la substance, ni les dispositions d'*icelui*, ainsi que l'enseigne Louet, d'après l'arrêt de 1618, sont valables, et ne sont pas défendues par l'art. 258 de la coutume de Paris, pourquoi les donations, faites dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, auraient-elles été nulles et défendues, quand elles ne dérogent point au contrat? Peut-être la question ne se présenta-t-elle pas devant les parlements; et les auteurs, qui, pour la plupart, ne changeaient jamais rien à leurs doctrines, sans être appuyés sur des arrêts, continuèrent de suivre celui de 1716, plutôt que les justes conséquences qu'ils pouvaient déduire, par le seul raisonnement, du principe établi par l'arrêt de 1762, postérieur au premier de quarante-six années, dans un siècle où la raison publique marchait avec tant de rapidité.

Enfin, le préjugé et l'aversion marqués des coutumes pour les donations ne permettaient guère de faire attention aux conséquences de la nouvelle jurisprudence.

61. Sous l'empire du Code, il ne nous paraît pas qu'on puisse douter qu'il ne faut plus suivre la décision de l'arrêt de 1716, rendu il y a plus d'un siècle, sous une législation dont l'esprit et les principes étaient si différents de ceux de notre législation nouvelle (2).

Cependant un professeur renommé, Delvincourt, pense que la décision de cet arrêt doit survivre à la législation sous laquelle il a été rendu, et servir de règle aujourd'hui. Dans ses *Institutes au droit français*, tome 3, page 6, édition de 1819, il dit que, suivant l'art. 1396 du Code, les changements faits aux contrats de mariage ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en présence et du consentement de tous ceux qui ont été parties dans le contrat, et que cette disposition s'applique aux contre-lettres; puis il ajoute en note, pages 232 et 233 :

« Et même aux conventions qui auraient pu être faites avant le contrat de mariage, et qui y dérogeraient. Ainsi jugé par un arrêt du 19 février 1716, rapporté par Ferrière dans son *Parfait Notaire*, et qui a annulé *une donation* que deux futurs conjoints s'étaient faite la veille de leur contrat de mariage, et dont ils n'avaient point parlé dans ce contrat. »

Plasman (p. 98), auteur d'un écrit utile sur les contre-lettres, et disciple de Delvincourt, ne pense pas que l'opinion de son maître doive être adoptée. Nous pensons, comme lui, qu'elle doit être rejetée, et nous ne balançons pas à croire que, sous l'empire du Code, qui permet aux époux de se donner même pendant le mariage, les donations faites entre futurs majeurs, avant le contrat de mariage, sont valides lors-

(1) *Traité des donations entre mari et femme*, n° 27.

(2) Mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 59.

qu'elles n'excèdent point la portion disponible, sans qu'il soit besoin de les référer dans ce dernier contrat. Sous quel prétexte pourrait-on les annuler? Comme contre-lettres? Comment concevoir une contre-lettre contre un contrat qui n'existe point encore, qui d'ailleurs peut être passé sans la présence, sans le consentement même des ascendants? Comment considérer comme une contre-lettre une donation que les futurs pourraient se faire, même pendant le mariage, aux termes de l'art. 1094? Prétendrait-on faire annuler ces donations comme présumées frauduleuses, parce qu'elles sont faites avant le contrat de mariage? Mais où est la loi qui établit cette présomption? Contre qui serait la fraude? Contre les parents des futurs? Ils n'ont pas le droit d'être appelés aux contrats de mariage. Contre les créanciers du futur donateur? S'ils ont une hypothèque sur les biens donnés, la donation ne leur préjudicie point; et s'ils n'en ont pas, elle ne préjudicie point encore à leurs droits. De pareilles donations ne peuvent donc être réputées frauduleuses, s'il n'existe pas des preuves de dol ou de fraude contre quelques personnes, et s'il en existait, ces donations retomberaient sous le droit commun à tous les contrats frauduleux.

Si la donation faite par un futur à la future ne porte point qu'elle est faite en considération du mariage proposé entre eux, et si, profitant de cette omission, la donataire refuse d'accomplir le mariage, et prétende néanmoins retenir la donation, en soutenant qu'elle n'a pas été faite en faveur d'un mariage, le donateur serait admis à prouver la fraude par tous genres de preuve.

Sous quelque point de vue que nous les examinions, les donations entre futurs, faites avant le contrat de mariage, de même que celles faites dans l'intervalle du contrat et de la célébration, nous paraissent donc valides; et comme elles sont faites en faveur de mariage, elles ne sont pas sujettes à la révocation par survenance d'enfants (1).

62. Au reste, il n'est pas douteux que l'article 1396, en déclarant non valables les changements ou contre-lettres, comprend non-seulement ceux qui interviennent entre les futurs conjoints, mais encore ceux qui interviennent entre l'un de ces derniers et l'une des personnes qui ont été parties dans le contrat. Par exemple, si le futur, à qui son père, ou même un étranger, avait promis une certaine somme en dot, lui promettait par acte notarié, passé hors de la présence de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat, de ne pas exiger cette somme, cet acte serait nul, comme étant une contre-lettre au contrat de mariage (2). Nul doute sur ce point.

La nullité doit même être prononcée, malgré la mauvaise foi évidente du demandeur en nullité. Celui qui a consenti publiquement une convention, avec intention de la détruire par une contre-lettre secrète, doit s'imputer la faute de s'être reposé sur un acte défendu par la loi. D'ailleurs, une raison d'ordre public exige qu'on n'ait point d'égard à la mauvaise foi du réclamant. Autoriser la contre-lettre, ce serait détruire la loi qui en prononce la nullité. Plusieurs arrêts l'ont ainsi jugé sous l'ancienne jurisprudence (3). Nous n'en citerons qu'un seul.

Le sieur Abricot, en mariant sa fille au sieur Boulier, ne voulait lui donner que 6,000 fr. Un oncle du futur voulait que son neveu trouvât un parti de 10,000 fr. Le futur consentait à ne recevoir que 6,000 fr. Pour contenter toutes les parties, on passa un contrat de mariage en présence de l'oncle, par lequel le sieur Abricot donnait à sa fille le domaine de la Cocotière, de la valeur de 10,000 fr. La veille du contrat, fut passé un acte sous seings privés, double et signé des conjoints et de leurs pères et mères, par lequel il était dit que la dot ne serait que de 6,000 fr., et que le domaine en question ne paraîtrait donné en totalité que par ménagement pour un vieil oncle du futur, qui voulait absolument que son neveu épousât une femme ayant 10,000 fr. de dot.

Trois ans après le mariage, le sieur Boulier demanda la nullité de la contre-lettre. Sa mauvaise foi était évidente; une infinité de circonstances déposaient contre lui. Cependant parce que, suivant la loi du temps, tous les parents qui avaient signé le contrat de mariage n'avaient pas été présents à la contre-lettre, elle fut déclarée nulle par arrêt rendu le 21 mai 1759 (4).

Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'un domaine donné en dot à la future. La décision serait la même, si le père, dotant sa fille, lui avait, au lieu d'un domaine, promis une somme exigible en argent comptant, 10,000 fr. par exemple; et que, par un acte postérieur, le gendre futur eût déclaré réduire la somme à 2,000 fr., renonçant à rien exiger de plus. Nonobstant cette contre-lettre, il pourrait exiger

(1) *Voy.* Rolland, v° *Contrat de mariage*, n°s 43, 44; Pothier, préface du *Traité de la communauté*, n° 14.

(2) *Voy.* Pothier, préface du *Traité de la communauté*, n° 12.

(3) *Voy.* le *Nouveau Denisart*, v° *Contrat de mariage*, § 5, n°s 2 et 3.

(4) Sous l'empire du Code, la non-présence de l'oncle n'aurait pas invalidé la contre-lettre, parce qu'il paraît qu'il n'avait pas été partie dans le contrat de mariage, et qu'il n'avait rien donné à son neveu; mais elle n'aurait pas été valable par un autre motif. Elle était sous seings privés, et pour la validité des contre-lettres, l'art. 1396 exige qu'elles soient constatées dans la même forme que les contrats de mariage, c'est-à-dire par acte notarié.

la somme entière de 10,000 fr., en vertu du contrat de mariage. C'est l'espèce d'un arrêt du 29 mars 1786, rapporté dans le *Nouveau Denisart, ubi supra*, n° 3.

Cette jurisprudence est conforme au texte et à l'esprit de notre art. 1396, qui porte que « nul changement ou contre-lettre n'est valable, sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui *ont été parties dans le contrat de mariage*. »

Tout changement ou contre-lettre fait sans la présence et le consentement de ces dernières personnes n'est donc pas plus valable aujourd'hui qu'il ne l'était autrefois, sans la présence de tous les parents *qui avaient assisté au contrat de mariage* (1).

63. Cependant, on est surpris de trouver une doctrine contraire dans les écrits d'un professeur célèbre. Delvincourt, après avoir mal à propos, à notre avis (voyez *supra*, n° 61), appliqué la règle établie par l'art. 1396, même aux donations antérieures au contrat de mariage, ajoute, tome 3, page 252 : « *Quid* si le mari, *postérieurement au contrat*, fait remise à son beau-père de l'action qu'il a contre lui, en payement de la dot? Je pense que la remise est valable. Il n'y a point là *dérogation au contrat de mariage*. D'ailleurs le mari est *dominus dotis*, surtout lorsqu'elle consiste en une somme d'argent. Il est donc réellement et personnellement créancier de son beau-père. Or tout créancier peut faire remise à son débiteur. D'ailleurs, nul doute qu'il ne puisse faire donation à son beau-père d'une somme égale au montant de la dot (art. 1422) : or une remise gratuite est bien réellement et dans le fait une donation. Mais lors de la dissolution du mariage, la femme n'en aura pas moins une action contre son mari, pour se faire restituer la dot : le mari est censé l'avoir reçue par cela seul qu'il en a fait la remise. Mais aux termes des art. 1099 et 1100, une pareille disposition sera regardée comme une donation faite par le mari à la femme, et imputée en conséquence sur la portion disponible, fixée par l'art. 1094 ou 1098. »

Il nous paraît évident qu'il y a ici erreur en fait et en droit.

Non, sans doute, cette remise n'est pas une simple dérogation au contrat de mariage; c'en est une entière abrogation; le contrat n'est pas seulement changé en ce point; il est dissous, il est détruit. Mais pouvait-il l'être sans le consentement de toutes les parties, de la future surtout, qui est ici partie principale? Non certes, la loi et la raison le disent. Et comment soutenir qu'un acte par lequel on renonce à exiger le capital promis solennellement, dans un acte public, ne va pas *contre* le contrat; en un mot, qu'il n'est pas une *contre-lettre* (2)?

Faut-il des autorités pour établir un point aussi clair que les vérités élémentaires les plus simples? En voici :

« On regarde encore comme contre-lettres, » dit Roussilhe, *Traité de la dot*, tome 1, n° 80, » les avantages indirects faits par l'un des futurs conjoints à quelqu'un des parents de l'autre, quoique parties au contrat, comme si le » futur époux a fait une quittance à son beau-» père de la dot, ou de partie, sans l'avoir reçue. » Une pareille quittance est nulle, et le gendre » est fondé à demander la dot. Ainsi jugé, etc. »

Il ajoute, n° 81 : « Lorsque le futur époux promet, hors la présence des parents de son beau-père, de ne pas exiger la dot aux termes convenus, une pareille promesse est aussi nulle, et n'empêche pas que la dot ne puisse être demandée aux termes stipulés dans le contrat. »

Voici d'autres autorités. Dans les *Additions sur Louet*, lettre C, v° *Contre-lettre*, n° 16, on trouve deux arrêts du parlement de Rouen, l'un du 9 juillet 1639, entre Pierre et Jacques Clairet, père et fils; l'autre du 16 novembre 1648, entre Claude et Tannegui Guerin, aussi père et fils, qui jugèrent « que les contre-lettres don-» nées par les enfants aux pères et mères, hors » contrat de mariage, et en l'absence des pa-» rents, ne peuvent être bonnes et valables au » profit desdits pères et mères, au préjudice du » survivant. »

Ici la contre-lettre était donnée par les enfants à leurs pères; elle fut jugée nulle. Dans l'espèce de Delvincourt, elle est donnée par le gendre à son beau-père futur, et il la soutient valable, au préjudice de la femme survivante.

Dans les *Additions sur Louet*, au même endroit, n° 17, on trouve encore un arrêt du 13 avril 1663, qui jugea que « la contre-lettre baillée par le fils à son père n'était pas valable au préjudice des enfants, quoique héritiers de leur père. » Enfin, l'on trouve au même endroit deux arrêts de 1660 et 1666, qui jugèrent que les contre-lettres ne sont valables que lorsqu'elles ne sont point données au préjudice de la femme et *des enfants*.

De ces autorités, qu'il serait facile de multiplier, il suit qu'on a toujours regardé la remise faite au beau-père par le gendre futur, ou par le fils à son père, du capital de la dot promise à la future, comme une véritable contre-lettre, qui ne peut préjudicier à l'épouse survivante ni aux enfants, et que même le beau-père, ou le père, qui l'ont reçue, ne peuvent l'opposer avec succès au gendre ou au fils, qui ont eu la faiblesse de la donner.

(1) *Nouveau Denisart*, v° *Communauté*, § 4, n° 3; Dalloz, *ubi supra*, n° 146; Rolland, v° *Communauté*, n° 230.

(2) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 65.

Mais, dit Delvincourt, le mari est *dominus dotis;* il peut donner à son beau-père une somme égale à la dot, suivant l'art. 1422.

Cet article dit, à la vérité, que le mari peut disposer à titre gratuit et particulier, en faveur de toutes personnes, des effets mobiliers de la communauté; mais la communauté n'existe point avant la célébration, et l'article ne dit point et ne pouvait pas dire que le futur peut, sans le consentement de la future, *et avant la célébration du mariage,* faire remise du capital de la dot promise par le contrat, et renoncer à l'exiger : l'art. 1396 s'oppose évidemment à la validité d'une pareille remise, qui détruit le contrat.

Ce qu'il y a de plus étonnant encore, c'est que Delvincourt prétend que la remise de la dot promise est une donation que le futur fait à sa future épouse, et qu'il faut imputer sur la quotité que le Code permet de lui donner pendant le mariage. J'avoue que je ne puis concevoir comment la remise d'une dot, qui devait être propre de l'épouse, peut constituer une donation en faveur de cette dernière, qui se trouve exposée à la perdre, si le mari meurt insolvable, puisque Delvincourt lui refuse une action contre le constituant à qui la remise en a été faite, sans qu'elle y ait consenti. Je ne puis voir dans cette remise que ce qu'y ont vu nos anciens auteurs, une contre-lettre qui détruit le contrat de mariage, et qui, par conséquent, ne peut être valable que du consentement de toutes les parties, de la future surtout, qui est sans contredit la partie principale dans le contrat (1).

64. Mais si la contre-lettre donnée par le futur, sans l'observation des formes prescrites pour sa validité, ne portait que la renonciation aux intérêts de la dot, aux arrérages de la rente, ou aux revenus de l'héritage donné en dot, sans en diminuer le capital, serait-elle valable, ou serait-elle nulle aussi bien que si elle touchait au fonds de la dot?

C'est une question importante, sur la solution de laquelle l'ancienne jurisprudence des parlements peut élever des préjugés. On peut dire d'abord qu'une telle contre-lettre serait valable parce que, en ce cas, elle ne nuirait point aux droits futurs de la femme ni des enfants, et que les intérêts, arrérages ou revenus dont il a été fait remise, ou que le futur a renoncé d'exiger, sont des meubles qui appartiennent au mari pendant le mariage, et dont il peut disposer comme bon lui semble, en faveur de toute personne, sans en devoir compte à qui que ce soit. Hévin, sur Frain, chap. 65, rapporte un arrêt du parlement de Bretagne, du 13 juillet 1628, qui jugea valable une contre-lettre par laquelle un fils, le lendemain de son contrat de mariage, déchargea son père d'exécuter la promesse qu'il lui avait faite par le contrat, d'une rente annuelle de 300 fr., sous le prétexte que le père n'avait consenti cette obligation que pour faire plaisir au fils (2).

Louet (3) dit aussi qu'on a demandé si une contre-lettre par laquelle le gendre aurait rétrocédé à son beau-père la jouissance, sa vie durant, des fruits d'un héritage par lui baillé en dot à sa fille, était nulle et prohibée par la coutume. Il a, dit-il, été jugé que le mari étant maître et seigneur des fruits, la contre-lettre était bonne à son égard, et qu'elle tiendrait sa vie durant, parce qu'il était loisible à un majeur de renoncer à ses droits, et que toute personne doit maintenir sa parole, par arrêt donné en la grand'chambre, le 13 juillet 1583.

L'auteur ajoute : « Mais après la mort du mari, la femme peut agir pour son intérêt..., la contre-lettre, qui est nulle à son égard, ne pouvant lui préjudicier, quand même elle y aurait parlé, comme il a été jugé par le même arrêt. »

Quelque spécieuses que puissent paraître les raisons sur lesquelles ces anciens arrêts sont appuyés, on ne doit pas les suivre sous l'empire du Code français, parce qu'ils sont contraires à ses dispositions, et que les juges ne peuvent s'en écarter, comme les parlements croyaient pouvoir s'écarter du texte des coutumes.

L'art. 1396 porte que « nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la présence et le consentement simultané de *toutes* les personnes qui ont été parties dans le contrat. »

Cette rédaction ne permet pas de douter que la contre-lettre ou le changement ne soit nul sans cette forme, à l'égard de toutes les parties, même de celles qui l'ont signé, malgré la mauvaise foi de celle qui en demanderait dans la suite la nullité, après y avoir consenti, comme on le jugeait sous l'ancienne jurisprudence, ainsi que nous l'avons vu *supra.*

D'un autre côté, l'art. 1396 est général : *nul changement ou contre lettre,* etc. On ne peut donc distinguer entre le changement ou la contre-lettre qui a pour objet le capital de la dot, et celui qui n'a pour objet que les revenus ou les arrérages et intérêts. Ce dernier changement est également frappé de nullité; et si celui qui revient contre le changement qu'il a eu la faiblesse de signer, quoique préjudiciable à ses

(1) *Voy.* Dalloz, v° *Contrat de mariage,* n° 159; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n°s 58, 61, 62; *Nouveau Denisart,* v° *Contrat de mariage,* § 5, n° 2; Roussilhe, *de la Dot,* t. 1, n° 80; Pothier, *de la Communauté,* préface, n° 15.

(2) Il faut voir les observations d'Hévin sur cet arrêt. Il faut voir aussi Boncheul, *Traité des conventions de succéder,* chap. 7, où il cite les auteurs qui ont rapporté de semblables arrêts. *Voy.* aussi Malleville, sur l'article 1395 du Code, t. 3, p. 216.

(3) V° *Contre-lettre,* som. 28, n° 6.

intérêts, est de mauvaise foi, celui au profit de qui il a été signé est d'une mauvaise foi plus répréhensible, lorsqu'il refuse d'exécuter la parole qu'il avait donnée, la promesse qu'il avait faite solennellement dans un contrat de mariage, avec l'intention frauduleuse de se soustraire à son exécution par une contre-lettre secrète. Il doit s'imputer la faute de s'être reposé sur un acte défendu par la loi.

Une raison d'ordre public exige qu'on n'y ait point d'égard. Ce serait détruire la loi, qui en a si sagement prononcé la nullité, et récompenser celui qui s'est, au mépris de la loi, fait donner cette contre-lettre avec une frauduleuse préméditation.

La raison et la loi ne permettent donc pas de distinguer, pour la rendre valide, la contre-lettre qui n'a pour objet que la remise des intérêts, arrérages, ou revenus de la dot, de celle qui a pour objet d'en diminuer le fonds en tout ou en partie, ce qui est d'autant plus vrai, dans les espèces dont parlent Hévin et Louet, que la contre-lettre était donnée hors de la présence et sans le consentement de l'épouse, l'une des parties principales dans le contrat de mariage (1).

65. Au reste, la présence et le consentement de la future, joints à celui de toutes les autres parties, auraient pu rendre la contre-lettre valable à l'égard de toutes, mais non pas à l'égard des tiers, suivant le principe général établi par l'art. 1321, que les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles n'ont point d'effet contre les tiers. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus posée, les créanciers du mari auraient pu, nonobstant la contre-lettre, même signée de toutes les parties, saisir la rente promise à leur débiteur par le contrat de mariage, et contraindre son père à leur en payer les arrérages.

Cette disposition a pour but de prévenir les fraudes que pourraient faire les parties, en présentant à des tiers, pour leur inspirer de la confiance et se procurer du crédit, le contrat seul, en dissimulant la contre-lettre. Cette fraude, à craindre à l'occasion de tous les contrats, l'est beaucoup plus encore à l'occasion des contrats de mariage.

66. Le Code leur applique donc spécialement le principe général de l'art. 1321. L'art. 1397 porte :

« Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront *sans effet à l'égard des tiers,* s'ils n'ont été rédigés à la suite du contrat de mariage ; et le notaire ne pourra, à peine de dommages et intérêts des parties, et sous plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. »

Au moyen de cette sage disposition, la contre-lettre devient partie du contrat de mariage, et les époux ne pourront tromper personne, en dissimulant son existence.

On avait, dans l'ancienne jurisprudence, senti la nécessité de mettre, pour la rendre valide, la contre-lettre à la suite du contrat de mariage, afin de prévenir les fraudes. Les auteurs exigeaient donc, pour la validité de la contre-lettre, « qu'il y en eût une minute, et qu'elle fût insérée au pied de la minute du contrat de mariage, avec défense au notaire, *à peine de faux,* de délivrer l'un des deux actes séparément (2). »

67. Le Code a consacré cette doctrine ; mais comme le contrat ou la contre-lettre, quoique écrits à la suite l'un de l'autre, n'en sont pas moins des actes différents, la délivrance séparée de l'un des deux, sans cependant aucune altération, ne constitue pas un faux caractérisé. Le Code a substitué à la peine du faux, dont parle Ferrière, celle des dommages-intérêts *des parties,* et de plus grandes peines, s'il y a lieu, contre le notaire qui contreviendrait à l'art. 1397, en délivrant, séparément de la contre-lettre, une grosse ou expédition du contrat au moyen de laquelle celui à qui elle a été délivrée pourrait tromper des tiers.

Cette contravention du notaire ne rendrait cependant pas la contre-lettre nulle à l'égard des parties qui l'ont souscrite ; car elle est valable à leur égard, lors même qu'elle n'a pas été rédigée à la suite du contrat. Il suffit, pour sa validité, de la présence et du consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. (Art. 1396.) La rédaction à la suite de la minute n'est exigée qu'*à l'égard des tiers.* (Art. 1397.)

Cet article défend de plus au notaire de délivrer des expéditions du contrat, sans y ajouter la contre-lettre rédigée à la suite de la minute. Sans cela, les tiers à qui serait représentée cette expédition se trouveraient dans une ignorance aussi parfaite de la contre-lettre que si elle n'avait pas été rédigée à la suite du contrat. Elle ne pourrait donc pas leur être opposée avec succès. Par exemple, un père en mariant sa fille lui a promis, par le contrat de mariage, une rente annuelle de 1,200 fr. réduite depuis à 600 fr. par une contre-lettre passée en présence de toutes les parties, et rédigée à la suite de la minute du contrat ; mais le notaire délivre, séparément de la contre-lettre, une expédition du contrat au futur, qui, se trouvant dans le cas d'emprunter depuis le mariage, présente

(1) *Voy.* Plasman, *des Contre-lettres,* p. 108 ; Bellot, t. I, p. 39.

(2) Ferrière, sur l'art. 258 de la coutume de Paris, n° 8.

cette expédition au prêteur pour lui inspirer de la confiance. Faute de payement de la somme prêtée, il fait saisir la rente entière de 1,200 fr. Nous avons dit. t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 189 *in fine*, que cette saisie était fondée. et que le beau-père ne pourrait se dispenser de payer la rente de 1.200 fr. en entier. en représentant la contre-lettre (1).

68. Delvincourt. au contraire, édition de 1819. t. 3, p. 283, pense que la contre-lettre rédigée à la suite de la minute du contrat est valable. *même à l'égard des tiers*, quoiqu'elle n'ait pas été insérée à la suite de l'expédition du contrat de mariage, sauf le recours en indemnité contre le notaire, de la part des tiers trompés par ce défaut d'insertion (2).

Plasman (3), disciple de Delvincourt, embrasse ici aveuglément l'opinion de son maître, et pense que la nôtre *est une erreur qui nous est échappée*. Il nous en est sûrement échappé beaucoup; c'est le sort de tous les auteurs; mais peut-être aurait-il été bon de peser les raisons avant de trancher la question avec tant d'assurance et d'un ton si décisif. Quant à nous, il nous semble que l'opinion de Delvincourt est absolument contraire au texte de l'art. 1397.

Après avoir. dans sa première partie, prononcé que les contre-lettres, quoique convenues du consentement simultané de toutes les parties, seront *sans effet* à l'égard des tiers, si elles n'ont été rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage, l'art. 1397 défend au notaire. dans la seconde, de délivrer ni grosses ni expéditions du contrat, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre, à peine de dommages et intérêts *des parties*, etc.

Qu'entend ici l'article par ces expressions *les parties?* Manifestement ce qu'entendent les derniers mots de l'article *précédent*, dont il est une suite, *les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage* et dans la contre-lettre. L'art. 1397 oppose ces personnes aux tiers, *les parties, les tiers*. Les contre-lettres, dit la première disposition, seront sans effet *à l'égard des tiers*, si elles n'ont été rédigées à la suite de la minute du contrat.

Mais que servirait de les rédiger à la suite du contrat, si elles n'étaient transcrites à la suite de l'expédition? Les tiers ne pourraient pas plus les connaître, que si elles n'avaient pas été rédigées à la suite de la minute du contrat. La seconde disposition de l'article défend donc au notaire de délivrer ni grosse ni expédition du contrat, séparée de la contre-lettre, à peine de dommages et intérêts *des parties*. C'est donc aux parties que le Code donne et devait donner un recours en dommages et intérêts, contre le notaire qui a délivré le contrat sans transcrire la contre-lettre à la suite, puisque c'est cette omission qui la rend sans effet à l'égard des tiers, et qui empêche les parties intéressées à sa validité de s'en aider.

Delvincourt prétend que la faute de n'avoir pas inséré la contre-lettre à la suite de l'expédition du contrat ne doit retomber que sur le notaire. et que les tiers trompés ne doivent avoir de recours que contre lui; que sa faute ne peut préjudicier aux parties, parce qu'elles ont fait tout ce que la loi exigeait d'elles pour la validité de la contre-lettre, qui doit, par conséquent, avoir en leur faveur tout l'effet qu'elle peut avoir.

Delvincourt se trompe encore. Et d'abord, la partie qui a reçu une expédition du contrat, séparée de la contre-lettre, a commis une première faute : elle devait y faire ajouter l'expédition de la contre-lettre. Par son silence suspect elle a partagé la faute du notaire; elle en a commis une beaucoup plus grave, un véritable dol, en abusant de cette expédition tronquée, pour inspirer de la confiance à son créancier, en la lui présentant. C'est une faute personnelle sans laquelle le tiers n'aurait point été trompé. Le notaire peut n'avoir pas été complice de cette fraude; on doit même le présumer.

Aussi l'art. 1397. en accordant aux parties une action en dommages et intérêts contre lui. ajoute *s'il y a lieu*, parce que la conduite frauduleuse des parties, leur complicité ou leur connivence à la faute du notaire. peuvent, jusqu'à un certain point. excuser le notaire, du moins à leur égard.

Tel est, ce nous semble, le véritable sens de l'art. 1397, dont la disposition ainsi entendue est aussi conforme à la raison et à la justice qu'elle y serait contraire s'il donnait, à l'égard des tiers créanciers, son effet à la contre-lettre en faveur des parties qui les ont trompés (4).

69. Résumant ce que nous avons dit sur les contre-lettres ou changements faits aux contrats de mariage, on en distingue quatre espèces dans les principes du Code :

1° Les contre-lettres qui n'ont pas été faites en présence et du consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage, comme l'exige l'art. 1396; elles sont nulles à l'égard de toutes les parties, même de celles qui les auraient signées, et à plus forte raison à l'égard des tiers; et cela sans distinction entre les changements qui auraient pour objet le capital ou le fonds de la dot, en tout ou partie, et ceux qui n'auraient pour objet que les intérêts, les arrérages ou revenus;

2° Celles où ces formalités ont été observées, mais qui n'ont pas été rédigées à la suite de la minute du contrat. conformément à l'art. 1397.

(1) Mais *voy*. Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 69.
(2) Id., *ibid*.

(3) Dans son écrit sur les contre-lettres, p. 78.
(4) *Contra*, Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 69.

Elles sont valables à l'égard de toutes les parties, mais elles sont sans effet à l'égard des tiers, auxquels on ne peut les opposer, parce qu'ils n'ont pu en avoir connaissance.

3° Celles qui, faites en présence et du consentement de toutes les parties, ont de plus été rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage, mais dont l'expédition n'a pas été délivrée à la suite de celle du même contrat, comme l'exige l'art. 1397. Elles sont encore sans effet à l'égard des tiers, sauf le recours *des parties*, s'il y a lieu, contre le notaire qui a tronqué l'expédition.

4° Enfin, celles qui, faites en présence et du consentement de toutes les parties, ont été rédigées à la suite du contrat de mariage, et délivrées à la suite de l'expédition du même contrat.

Celles-ci sont valables entre toutes les parties, et même contre les tiers, qui, en voyant le contrat, ont eu nécessairement connaissance des changements qui y ont été faits par la contre-lettre y annexée.

70. Il nous reste un mot à dire sur les formalités particulières aux contrats de mariage des commerçants. Les fréquentes relations d'affaires que le commerce établit entre eux et le public donnent nécessairement à tous les citoyens un grand intérêt à connaître, par les clauses de leurs contrats de mariage, s'ils sont restés sous le droit commun, c'est-à-dire sous le régime de la communauté, s'ils sont séparés de biens, s'ils ont contracté sous le régime dotal; car les états différents où les placent ces conventions peuvent, en plusieurs cas, influer sur leur crédit et sur la confiance qu'on peut avoir en eux, en donnant plus ou moins de sûreté aux personnes avec lesquelles ils ont à traiter.

L'ordonnance du commerce, de 1673, exigea donc, tit. 8, art. 1, que dans les lieux où la communauté de biens était établie par la coutume entre le mari et la femme, les clauses qui y dérogeaient *dans les contrats de mariage des marchands, grossiers ou détailleurs, et des banquiers*, fussent publiées à l'audience de la juridiction consulaire... *et insérées dans un tableau exposé en lieu public, à peine de nullité;* et la clause n'aura lieu que du jour qu'elle aura été publiée et enregistrée. Ainsi, la clause était nulle, faute de publication, et les créanciers avaient sur les biens les mêmes droits que si la communauté avait existé.

Notre nouveau Code de commerce est moins sévère. Il exige, art. 67 (1), que tout contrat de mariage entre époux, dont l'un est commerçant, soit transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes du tribunal civil et du tribunal de commerce du domicile du mari, pour être inséré sur un tableau à ce destiné, et exposé pendant un an dans l'auditoire de ces tribunaux, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari.

Pareil extrait doit être inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et des notaires. (Art. 872 du Code de procédure.)

Cet extrait doit contenir les prénoms, noms, professions et demeures des époux, annoncer s'ils sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'il y a simplement exclusion de communauté, ou enfin s'ils sont soumis au régime dotal. Mais il n'est point exigé que l'extrait contienne le montant des apports respectifs.

Ces formalités sont nécessaires lors même que la femme seule est commerçante. Le public, qui a vu une fille maîtresse de ses droits faire librement le commerce, est intéressé à connaître son changement d'état, les conditions de ce changement, si le mariage donne à ses créanciers deux obligés, ou ne leur laisse que leur ancienne débitrice, et enfin si le contrat change leurs sûretés futures, en frappant les biens de cette femme d'inaliénabilité pour l'avenir, au moyen du régime dotal.

Il est à remarquer qu'à défaut des formalités dont nous venons de parler, le nouveau Code de commerce ne frappe point les clauses du contrat de mariage dérogatoires au régime de la communauté, de la nullité prononcée par l'ordonnance de 1673; mais afin que les époux ne négligent pas d'observer ces formalités, il a chargé de leur observation le notaire qui a reçu le contrat, et prononcé contre lui une amende de 100 fr., et même la peine de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion. (Art. 68 du Code de commerce.)

Une décision du ministre des finances, du 27 juin 1809, porte qu'il doit être, du dépôt des extraits, passé un acte assujetti au droit fixe de 2 fr., conformément à l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII, et en outre, aux droits de rédaction et de transcription, suivant l'art. 1er du décret du 12 juillet 1808. Les droits doivent être avancés par le notaire, sauf son recours contre les parties.

Quant au dépôt aux chambres des avoués et notaires, le certificat du secrétaire suffit. Au reste, chaque notaire doit prendre à la chambre les extraits qui y sont déposés, pour les afficher dans son étude, conformément à l'article 175 du tarif des frais en matière civile.

Si aucun des époux n'était commerçant au temps du mariage, mais que l'un d'eux embrassât ensuite cette profession, le public ayant alors intérêt de connaître sous quel régime ils sont mariés, le Code de commerce lui ordonne d'observer les formalités dont nous venons de parler. L'article 69 porte : « Tout époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant, pos-

(1) *Junge* art. 872 du Code de procédure.

térieurement à son mariage, sera tenu de faire pareille remise, dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce, à peine, en cas de faillite, d'être puni comme banqueroutier frauduleux. »

On ne pouvait en ce cas charger le notaire de l'obligation de faire observer ces formalités, puisque l'époux n'était pas commerçant au moment du contrat. On en a donc chargé l'époux qui embrasse la profession du commerce, et pour assurer son exactitude à les faire observer, on a prononcé contre son omission ou sa négligence la peine d'être, en cas de faillite, traité comme banqueroutier frauduleux. Au reste, la remise de l'extrait du contrat de mariage n'est ordonnée qu'à l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal. Il est inutile de déposer aucun extrait, s'il est sous le régime de la communauté, puisqu'il est sous le droit commun.

71. Nous finirons par une disposition de l'article 1394. commune à tous les contrats de mariage, soit sous le régime de la communauté, soit sous le régime dotal. Il ne se borne pas à exiger que les conventions matrimoniales soient rédigées avant la célébration du mariage; il veut de plus qu'elles le soient *par acte devant notaire*, disposition qui abroge l'usage des contrats de mariage sous seing privé, admis autrefois dans quelques provinces. La loi a jugé cette précaution nécessaire pour assurer à ces contrats une date antérieure au mariage, et empêcher les antidates frauduleuses des actes sous seing privé.

Dans les familles opulentes, il est assez d'usage de faire précéder le contrat de mariage par un projet d'articles qui contient les clauses et conditions qu'on a dessein, ou même qu'on est déjà convenu d'y insérer, et qui, dans ce dernier cas, est signé des parties et de leurs parents; ce qui a lieu surtout quand des considérations particulières font retarder la célébration. Si, dans l'intervalle de la signature des articles à la célébration, on ne faisait pas de contrat de mariage, les parties qui n'avaient pas changé les conventions projetées et signées les avaient véritablement rendues définitives en célébrant le mariage. Ces articles tenaient donc lieu de contrat, ou plutôt c'était un contrat véritable; car les contrats ne sont en France assujettis à aucune forme particulière. Ainsi les articles signés avaient leur pleine et entière exécution dans les provinces où, comme en Normandie, on admettait les contrats de mariage sous seing privé (1).

Mais ils ne peuvent plus avoir la même force sous l'empire du Code, quand même la mort de l'un des signataires en assurerait la date, quand même ils auraient été enregistrés avant la célébration du mariage. L'une de ces deux circonstances suffirait cependant pour en assurer la date; l'article 1394 ne reconnaît pour conventions matrimoniales que celles où se rencontre la réunion de ces deux conditions : 1° d'être rédigées avant le mariage; 2° *par acte devant notaire*.

Car cet article n'a pas voulu seulement leur assurer une date antérieure au mariage, mais encore assurer la conservation de l'acte qui les contient, et empêcher qu'on ne puisse le supprimer; ce qui serait facile s'il était sous seing privé.

Il faut dire, par cette raison, qu'il ne suffit pas que l'acte qui contient les conventions matrimoniales soit reçu par un notaire; il faut encore qu'il en reste minute. Si l'acte était en brevet, il pourrait encore être supprimé. Or cette suppression opérerait un changement total dans les droits des deux conjoints, qu'elle replacerait sous le régime de la communauté légale. C'est sans doute pour rendre cette suppression impossible qu'est exigée la double condition que les conventions matrimoniales soient : 1° rédigées avant le mariage; 2° qu'elles soient reçues par un notaire.

De là suit qu'il en doit rester minute. Cependant l'art. 1394 garde le silence sur ce point, quoique l'art. 931 du Code exige qu'il reste minute de tous les actes de donation entre-vifs, *à peine de nullité*. Cette disposition est empruntée de l'ordonnance de 1731, laquelle avait pour objet de rendre stable l'exécution des donations, et « d'empêcher qu'il ne fût permis au donateur de faire des donations conçues entre-vifs, qu'il serait le maître de révoquer à son gré pendant sa vie, en retirant par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée, qui aurait ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur. C'est pour ôter au donateur cette faculté de révoquer à son gré, que l'ordonnance exige non-seulement qu'il en soit passé acte devant notaire, mais encore qu'il reste entre les mains du notaire, qui est une personne publique, une minute de la donation, dont le donateur ne puisse être le maître (2). »

Quoique les motifs de l'ordonnance de 1731 n'existent plus sous l'empire du Code, ainsi que nous l'avons fait voir, tome 3 (V, éd. fr.), n°s 170 et 221, les rédacteurs n'en firent pas moins passer dans l'art. 931 la disposition qui exige que l'acte de donation soit notarié, et qu'il en reste minute, *à peine de nullité*.

Si l'art. 1394 se borne à exiger que le contrat de mariage soit passé devant notaire, sans ajouter qu'il en doit rester minute, cette formalité n'en est pas moins nécessaire. Et d'abord, si le contrat de mariage passé en brevet contenait un acte de donation, elle serait nulle, aux termes de l'art. 931.

(1) *Voy.* le *Nouveau Denisart*, v° *Contrat de mariage*, § 3, et v° *Articles de mariage*.

(2) *Nouveau Denisart*, t. 7, v° *Donation*, p. 55, n° 2.

S'il n'en contenait point, il ne pourrait avoir la force d'un acte authentique et notarié, mais seulement d'un acte sous seing privé; car l'art. 20 de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), exige que les notaires gardent minute de tous les actes qu'ils reçoivent, et l'art. 68 veut que l'acte fait en contravention de l'art. 20 soit nul, et qu'il ne vaille que comme écrit sous seing privé, s'il est revêtu de la signature de toutes les parties. Disons donc qu'il est nécessaire qu'il reste minute du contrat de mariage, pour lui donner la force des conventions matrimoniales dont parle l'art. 1394.

Ajoutons qu'en exigeant que les conventions soient rédigées par acte *devant notaire*, cet article fait clairement entendre que l'acte doit être revêtu de toutes les formalités exigées par la loi sur le notariat, du 25 ventôse an XI.

Cependant, notre art. 1394 s'étant servi du singulier et non du pluriel, en disant que l'acte doit être fait par-devant *notaire*, l'esprit de litige a prétendu que la personne d'un seul notaire suffisait, sans notaire second, sans témoins instrumentaires, et cela par dérogation à la loi sur le notariat : comme si l'orthographe d'un mot écrit au singulier pouvait être considérée comme une dérogation au droit commun; comme s'il n'est pas même plus régulier de dire au singulier qu'un acte doit être passé devant *notaire*, puisqu'un seul notaire assisté de deux témoins suffit, suivant la loi générale, qui prescrit la forme de tous les actes notariés, qu'il faut toujours suivre, dans tous les cas où il n'y a pas été dérogé par une disposition spéciale (1).

On prétendait encore, par argument des article 37 et 76 du Code, qui admettent pour témoins des actes de l'état civil, et des actes de mariage, des parents même dans les degrés prohibés, qu'on pouvait également admettre ces parents pour témoins instrumentaires dans les contrats de mariage, comme si l'on pouvait assimiler les actes de l'état civil aux contrats de mariage, qui contiennent les règles de l'association conjugale, quant aux biens.

Ces deux erreurs ont été proscrites par deux arrêts, l'un de la cour de Colmar, du 16 mars 1813, l'autre de la cour de Riom, du 3 novembre 1818 (2). Il s'agissait, dans ces deux arrêts, de savoir si un contrat de mariage passé devant un seul notaire assisté de trois témoins, parents des parties dans le degré probibé, était nul, et si le notaire était responsable de la nullité. La cour de Colmar le jugea responsable, la cour de Riom l'excusa (3).

CHAPITRE II.

Du régime en communauté.

SOMMAIRE.

72. En venant s'établir dans les Gaules, les peuples d'origine germanique y apportèrent le régime de la communauté, établi chez eux de toute antiquité.
73. Leurs coutumes ne donnèrent point aux femmes la même part dans les biens de la communauté. En France et sous l'empire du Code, c'est la moitié.
74. La nature de cette institution a essentiellement changé, en France. Chez les Germains, la communauté était une société actuelle, qui rendait la femme copropriétaire des biens pendant le mariage.
75. En France, la femme n'a aucun droit aux biens durant le mariage. Le mari en est seul propriétaire. La femme a seulement l'espérance ou le droit éventuel de les partager à la dissolution du mariage, s'il ne les a pas dissipés.
76. Cependant, par une contradiction palpable, les coutumes déclaraient que les conjoints étaient communs en biens, et que la communauté commençait du jour du mariage.
77. La contradiction disparait, en considérant que les coutumes se sont exprimées d'une manière inexacte, et que, par le mot *communauté*, il faut n'entendre que l'espérance d'un droit à la communauté des biens.
78. La coutume de Blois s'exprime plus exactement, en disant que le mari est propriétaire, pendant le mariage, de tous les meubles et acquêts, et que la femme ou ses héritiers ont seulement le droit de les partager à la mort de l'un d'eux.
79. Comment Pontanus concilie la propriété du mari avec la communauté de la femme.
80. Les impropriétés d'expression des coutumes ont passé dans le Code.
81. Nécessité de les signaler, pour empêcher la confusion des idées.
82. C'est cette confusion qui a induit en erreur quelques auteurs, qui ont enseigné que la communauté est une personne morale, placée entre les deux époux, qui a des droits séparés de chacun d'eux, et qui a l'usufruit de leurs propres et la propriété des meubles et acquêts.
83. Le droit à la communauté commence au jour du mariage. Il ne peut être fixé à une autre époque, et pourquoi?
84. On peut stipuler qu'elle aura lieu sous une condition.
85. De la clause qui exclurait les héritiers collatéraux sous condition.

(1) Bellot, t. 1, p. 32; mais *voy.* Duranton, n° 47.
(2) Mais *voy.* Riom, 12 fév. 1818.
(3) Voy. *Nouveau Denisart*, t. 7, v° *Donation*, p. 55, n° 2; Rolland de Villargues, *ubi supra*, n° 67; Grenier, *des Hypothèques*, n° 8; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 44.

72. Avant d'entrer dans le détail des dispositions du Code sur la communauté qu'il établit entre les époux, il nous paraît nécessaire d'indiquer quelle en est l'origine, et de rechercher surtout quelle en est la nature.

La communauté de biens entre époux ne nous vient point du droit romain. Plusieurs lois prouvent seulement qu'il n'était pas défendu d'établir entre époux une société, même de tous biens, *omnium bonorum* (1). On peut même induire d'une loi du Code que l'empereur Théodose trouvait la communauté de biens convenable entre époux (2), ou que, du moins, la jouissance des biens de la femme fût confiée au mari. Mais il pensait que le législateur n'avait pas le pouvoir de l'ordonner. Le régime de la communauté n'était point dans les mœurs des Romains; ils suivaient généralement le régime dotal; et c'est de là qu'il passa en France, dans nos provinces méridionales. Ce régime n'avait même pas lieu à Rome de plein droit : il fallait l'établir par une convention expresse, faute de laquelle chacun des époux, la femme comme le mari, conservait la jouissance, l'administration, et même la libre disposition de tous ses biens meubles et immeubles (3). On peut donc regarder comme certain que la communauté ne nous vient point du droit romain.

Les monuments les plus anciens et les plus authentiques nous apprennent qu'elle vient des Germains, chez lesquels elle était établie par la coutume, dès les premiers temps où l'histoire nous donne quelque connaissance de ces peuples, qui l'apportèrent avec eux en s'établissant dans les Gaules. Pour ne point parler de Tacite, où l'on a cru, peut-être avec quelque raison, trouver des traces d'une communauté de biens entre époux, fondée sur la collaboration commune, on ne saurait la méconnaître dans le titre 8 de la loi des Saxons, *de Acquisitis*, qui porte : *De eo quod vir et mulier simul acquisierint, mulier mediam partem accipiat* (4).

Il est évident que cette moitié, accordée à la femme, des biens acquis pendant le mariage par la collaboration commune, n'est autre chose que le droit de communauté que nos coutumes donnaient à l'épouse, et qui nous a été transmis d'âge en âge par une tradition non interrompue. On trouve dans tous les siècles des chartes qui attestent l'existence de la communauté entre époux, sans qu'on en puisse voir l'origine, ni le temps où elle a commencé; car les lois des Saxons, celles des Ripuaires, où nous la trouvons si clairement établie, ne formaient point un droit nouveau. Ce n'était, comme les autres lois recueillies dans le *Codex legum antiquarum*, que le recueil des anciens usages de ces peuples, que Charlemagne et autres rois firent rédiger par écrit, en y ajoutant ce que l'expérience avait rendu nécessaire. Enfin, le droit de communauté entre époux est tellement ancien chez les peuples d'origine germanique, que l'un des plus savants jurisconsultes allemands affirme, sans balancer, qu'on le trouve établi dès les premiers temps où puisse remonter la connaissance que nous avons des Germains : *Ab omni ævo quo Germanorum notitia invaluit, hanc communionem obtinuisse et statutis demum repetitam esse* (5).

73. Cependant les lois et les coutumes de ces anciens peuples n'accordaient pas toutes à la femme la même portion des biens acquis pendant le mariage (6). La loi des Ripuaires, titre 38, n° 2, ne donnait à la femme que le tiers des biens de toute espèce, *de omni re*, que les époux avaient acquis par collaboration commune.

Charlemagne, dans ses Capitulaires, lib. 4, cap. 9, borna aussi au tiers la portion de la femme dans les biens de la communauté : *Volumus ut uxores defunctorum, post obitum maritorum, tertiam partem conlaborationis, quam simul in beneficio conlaboraverunt, accipiant.*

Nos coutumes en revinrent à la loi des Saxons, et donnèrent la moitié des meubles et acquêts à la femme, comme on le voit par les Établissements de saint Louis, liv. 1, chap. 136, qui portent : « Si un homme ou une femme achetaient terre ensemble, cil qui plus vit se tient sa vie les achats, et quand ils sont morts *ambi dui*, si retourneront les achats, une moitié au lignage devers l'homme, et l'autre moitié au lignage devers la femme. »

On voit que les Établissements de saint Louis donnaient l'usufruit des acquêts au survivant.

---

(1) L. 16, § 3, ff. *de alien. leg.*, 34, 1; loi 16, § 24, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*, 24, 1; loi 17, § 1, ff. *solut. matr.*, 24. 2.

(2) L. 8, Cod., *de pactis conventis*, etc., 5, 4.

(3) Finestrès, *de Jure dotium*, p. 104, nos 34 et seq.; loi 8, Cod., *de pactis conventis*, etc., 5, 14; le *Répert*, v° *Dot* (édit. Tarlier). Nougarède, *Lois du mariage*, p. 481, n° 2.

(4) Dans le *Codex legum antiquarum*, de Lindembrog, p. 477.

(5) Boehmer, *Jus ecclesiasticum protestantium*, liv. 4, tit. 20, l. 4, n° 80.

On peut voir dans cet auteur, et dans ceux qu'il cite, les chartes des différents siècles, qui nous font voir la communauté conjugale comme une coutume généralement observée.

Voy. aussi Heineccius, *Elementa juris germanici*, lib. 1, tit. 12, *de potestate ac tutela maritali bonorumque communione inter conjuges, in Germania.*

La communauté conjugale s'est conservée en plusieurs provinces d'Allemagne, quoique différemment modifiée. Le Code prussien contient, au titre *du Mariage*, une section entière, la sixième, *de la Communauté de biens entre conjoints.*

(6) *Voy.*, outre la loi des Ripuaires, Heineccius, *ubi supra*, lib. 1, tit. 12, § 292.

C'est aussi ce qui avait lieu en certaines coutumes, par exemple dans l'usement de Nantes. Les droits de la femme sur les biens qui entrent dans la communauté légale sont aujourd'hui réglés dans toute la France à une moitié, par les dispositions de la première partie du présent titre.

74. Si, comme nous venons de le voir, la communauté de biens entre époux vient originairement des Germains, la nature de cette institution a essentiellement changé en France. C'est une remarque importante, qui nous conduira à développer la véritable nature de la communauté conjugale.

Chez les Germains, la communauté entre époux était une société de biens actuelle et pure et simple, à laquelle chacun des deux associés avait un droit égal, acquis dès le moment de la célébration du mariage, de même que les associés étrangers, ou les copropriétaires de biens indivis, ont sur les biens communs un droit acquis, dès le moment de l'établissement de la société ou de la copropriété. Chacun des deux époux, la femme comme le mari, était copropriétaire et possesseur, par indivis, des biens composant la communauté; le mari en avait l'administration. C'est une prérogative que la nature même semble lui donner; car dans une société de deux personnes, il faut bien que l'une d'elles ait la prépondérance.

Mais le mari ne pouvait aliéner ni engager les biens de la communauté sans le consentement de sa femme, comme le prouvent une foule d'actes de vente, d'échange, de donation, qu'on trouve dans les recueils des chartes anciennes, où le consentement de la femme est spécialement exprimé, afin de rendre l'acte valable (1). Cet ancien droit est conservé dans le nouveau Code prussien, au titre *du Mariage,* nos 377 et 378 : « Au mari appartient l'administration des biens de la communauté.

» Néanmoins, il ne peut engager ni aliéner des biens-fonds et droits, sans le consentement de sa femme. »

Si elle le refuse injustement, le mari peut seulement recourir au tribunal, qui peut y suppléer si, après examen, il trouve la disposition à laquelle la femme se refuse nécessaire dans les circonstances, ou non préjudiciable aux intérêts de la femme (n° 388).

La communauté de biens entre époux était donc, et est encore aujourd'hui, en Allemagne, dans les lieux où elle est admise, une société actuelle, d'où résulte une véritable copropriété, une véritable copossession des biens entre les deux époux, et dont l'existence ne dépend d'aucun événement, d'aucune condition. Les droits de l'épouse naissent au moment même du mariage, et sont indépendants de la volonté du mari.

75. Nos coutumes françaises suivirent des principes tout opposés. Elles n'établirent point, en faveur de la femme, un droit de communauté actuel, existant pendant le mariage, indépendamment de tout événement et de la volonté du mari; mais seulement un droit éventuel ou casuel à la moitié des biens meubles et acquêts qui se trouvent existants au décès de ce dernier; droit qui, par conséquent, ne peut avoir aucun effet pendant la vie du mari, et subordonné à la condition potestative qu'il n'aura pas aliéné, dissipé ou perdu tous les biens meubles ou immeubles, comme la coutume lui en donnait expressément le droit.

Car c'est un principe général du droit coutumier, énoncé dans l'art. 225 de la coutume de Paris, que « le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage, de lui et de sa femme, en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre-vifs *à son plaisir et volonté,* sans le consentement de sadite femme, à personne capable et sans fraude. »

Cette disposition de la coutume de Paris était le droit commun de presque toute la France. Le principe s'en trouve énoncé dans le texte d'une foule de coutumes que l'on peut consulter (2). Quelques-unes seulement ne permettaient pas au mari de disposer des acquêts par donation. Du reste, son droit d'aliéner et de disposer était tellement absolu et tellement illimité, que les coutumes défendaient de lui demander compte des aliénations qu'il avait faites.

L'article 424 de la coutume de Bretagne porte que « les meubles et acquêts sont à la disposition du mari, et en peut faire sa volonté..., et n'auront la femme ni ses hoirs, après le décès du mari, fors d'autant qu'ils trouveront desdits biens au temps du décès, et ne doit-on faire ne ouïr compte de ce que le mari aurait fait des biens meubles par avant sa mort.» Cette défense est copiée du chapitre 214 de la très-ancienne coutume de Bretagne, rédigée en 1330 (3).

(1) *Voy.* Heineccius, *Elementa juris germanici,* lib. 1, tit. 13, n° 292.

(2) *Voy.* Duparc-Poullain, *Conférences* sur l'art. 424 de la coutume de Bretagne, nos 5 et 6.

(3) Les coutumes notoires qui furent rédigées dans le même siècle ont sur la propriété des acquêts, déférée au mari, une disposition tellement précise, qu'il est bon de la rappeler ici. L'article 175 porte : « Si deux conjoints par mariage font aucun conquêt ensemble, le mari est réputé pour *vrai seigneur* d'iceux, et en peut disposer et ordonner à sa volonté, et ester sur iceux en jugement, convenir et être convenu pour raison d'iceux, et parce qu'il est *vrai seigneur* et administrateur, sans que sa femme y soit ouïe ne vue en aucune manière : et vaut ce que par ledit mari est fait, sans icelle femme être appelée ou présente, et doit être

Le mari était donc, pendant le mariage, propriétaire absolu des biens meubles et des acquêts. Il pouvait les aliéner, les perdre, les jouer, sans en devoir compte à qui que ce soit. En un mot, il avait dans sa plénitude le *jus utendi et abutendi,* le droit d'user et d'abuser, qui caractérise essentiellement la propriété.

C'est ce qui a fait dire à Dumoulin, sur l'article 25 de l'ancienne coutume de Paris, que pendant le mariage le mari est seul propriétaire actuel des biens meubles et des acquêts : *Constante matrimonio, solus actu dominus, propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem.* D'Argentré, dans son *Aitiologie* sur l'art. 424 de la nouvelle coutume de Bretagne, dit aussi, en parlant des meubles, que la femme n'en a que l'usage ; mais que, quant au droit et à la disposition, ils appartiennent au mari. « *Sunt ergo mobilia usu quidem communia, jure et dispositione propria mariti* (1). »

76. Cependant ces mêmes coutumes, qui donnent si clairement au mari, constant le mariage, la propriété des biens, posent en principe que « homme et femme conjoints ensemble par mariage sont communs en biens meubles et conquêts immeubles, faits durant et constant le mariage, et commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale. » (Article 250 de la coutume de Paris.)

Ainsi, deux principes qui semblent se contredire : 1° les meubles et acquêts sont *communs* au mari et à la femme, à compter du jour du mariage ; ce qui annonce une copropriété (2) commune et indivise.

2° Le mari est seul propriétaire actuel, pendant le mariage, des meubles et des acquêts ; il peut en disposer à sa volonté, sans le consentement de sa femme, et sans en devoir compte à personne.

77. Mais la contradiction disparaît, quand on considère que, par le droit de communauté donné à la femme, il ne faut entendre que l'espérance de devenir *commune* ou copropriétaire des biens seulement qui se trouveront exister à la dissolution du mariage, et dont le mari n'aura pas disposé auparavant. C'est ce qui résulte nécessairement de l'art. 424 de la coutume de Bretagne : « L'homme et la femme sont communs en meubles et acquêts, et néanmoins les meubles (et acquêts) sont en la disposition du mari, et en peut faire sa volonté, *et n'auront la femme ni ses hoirs, après le décès du mari,* fors d'autant qu'ils trouveront desdits biens *au temps du décès,* et ne doit-on faire ne ouïr compte de ce que le mari aurait fait auparavant sa mort. »

La femme, pendant le mariage, n'a donc point un droit de communauté ou de copropriété sur les meubles et acquêts, mais seulement l'espérance ou le droit éventuel de les partager un jour, si le mari n'en a pas disposé (3). Ce droit s'ouvre et devient actuel de plein droit, dit Dumoulin, sur l'article 25 de l'ancienne coutume de Paris, au moment de la dissolution du mariage : *Et quamvis ista communio, pendente matrimonio, proprie non sit in actu, sed in credito et habitu, tamen, soluto matrimonio, ipso jure exit in actum et actualem dominii et possessionis communionem.*

La communauté proprement dite, c'est-à-dire, la copropriété actuelle des biens communs, ne s'ouvre donc réellement qu'au moment où finit la société conjugale, *soluto matrimonio.* Avant cette époque, la femme n'est point *commune* en biens ou associée ; elle n'a que l'espérance de le devenir : *non est proprie socia, sed speratur fore,* ainsi que l'enseigne Pothier (4).

Si la femme, comme on ne saurait le nier, n'a qu'une espérance, elle n'est donc pas réellement et véritablement commune, car l'espérance n'est pas la réalité. Elle se trouve dans le cas d'un créancier conditionnel, à qui l'on aurait promis 3,000 fr. sous la condition si tel navire arrive d'Asie. Le droit de la femme n'est même pas aussi fort ; car le débiteur conditionnel ne peut, en aucune manière, faire évanouir l'espérance ou le droit éventuel du créancier conditionnel, puisqu'il n'est pas en son pouvoir d'empêcher le navire d'arriver ; au lieu que le mari peut, à son gré, faire évanouir l'espérance de la femme ou son droit éventuel, en dissipant tous les biens qui auraient un jour composé la communauté.

Le droit du créancier conditionnel n'est subordonné qu'à une condition purement casuelle ; le droit de la femme à la communauté est subordonné à une condition potestative, qui annulerait une société ordinaire. Ainsi, dans la

---

réputé pour ferme et estable tout ce que par ledit mari a été ainsi fait. »

Voy. aussi la 152e décision de Desmares. Ces deux ouvrages sont imprimés à la fin du *Commentaire* de Brodeau sur la coutume de Paris.

(1) *Contra,* Ferrière, *Compil. sur la coutume de Paris,* t. 3, p. 10 ; Battur, *du Mariage,* n° 64 ; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 96. Au fond la discussion n'est qu'une dispute de mots, puisque Toullier ne conteste aucune application des articles qui donnent des droits à la femme.

(2) *Commune.* Se dit des choses que plusieurs possèdent par indivis, dit fort bien Ferrière, *Dictionnaire de droit.*

« Quod commune est meum est. » *Voy.* loi 5, § Labeo, ff. *de legat.,* 1°. « In his enim quæ communia sunt cum pluribus ut singulis, illud quod mihi cum alio commune est, vere ne proprie dicitur meum quantum ad partem meam attinet. » (Pontanus sur Blois, t. 2, p. 201.)

(3) Mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 96 ; Battur, t. 1, p. 64 ; Zachariæ, § 505. Selon ces auteurs, la femme est même durant le mariage copropriétaire actuelle de tout ce qui compose le fonds commun.

(4) *Traité de la communauté.*

vérité, ce que nos coutumes ont appelé communauté n'est point une communauté véritable, et se réduit à ceci :

Les meubles de la femme et les revenus de ses immeubles propres sont mis au pouvoir du mari et confondus avec les siens; il peut en disposer à son gré sans le consentement de sa femme, ainsi que des immeubles acquis pendant le mariage, sans en devoir compte à qui que ce soit; et s'il n'en a pas disposé avant sa mort, la femme aura la moitié de ce qui restera de ces biens, en payant la moitié des dettes qu'il aura faites. Voilà ce que la plupart des coutumes ont fort improprement appelé *communauté,* régime de la *communauté.*

78. La coutume de Blois s'est donc exprimée d'une manière bien plus exacte sur les droits de la femme. Elle s'est bien gardée de dire que les conjoints sont *communs en biens,* qu'il y a *communauté* entre eux *pendant le mariage.* L'article 178 porte : « Constant le mariage de deux conjoints, tous biens meubles, de quelque côté qu'ils leur soient avenus, soit du côté du mari ou de la femme, ensemble tous les acquêts immeubles faits par eux, ou l'un d'eux, constant leur mariage, sont en *la pleine disposition* du mari, et d'iceux peut disposer par quelque contrat que ce soit, *comme un vrai seigneur de sa propre chose,* et sans le consentement de sa femme. »

L'art. 182 ajoute : « Par le trépas de l'un des deux conjoints, tous les meubles que lesdits conjoints auront lors du trépas du premier décédé d'eux deux, et tous les conquêts immeubles faits et acquis par eux ou l'un d'eux, constant leur mariage, ensemble toutes leurs dettes et crédits, se divisent en deux, c'est à savoir, la moitié au survivant, et l'autre moitié aux héritiers du trépassé. »

L'art. 178 dit clairement que le mari est seul propriétaire de tous les biens, puisqu'il lui en donne *la pleine disposition, comme vrai seigneur de sa propre chose,* sans le consentement de sa femme, et il ne faut pas croire, dit Pontanus, que cette expression *comme* soit mise ici pour affaiblir l'idée de la propriété que la coutume donne au mari; c'est plutôt, ajoute-t-il, pour caractériser une véritable propriété : *Quæ dictio* (*tanquam*) *improprietatem* (*quod putes*) *hoc loco minime significat, sed veritatem et omnimodam similitudinem denotat, ut solet in plerisque aliis locis... In quem sensum eo quoque loco accipiendam ostendunt subjuncta verba; tanquam verus dominus, de re sua propria.*

79. Mais comment le mari peut-il être propriétaire s'il y a *communauté*, si la femme est commune en biens? C'est en cela que consiste la difficulté de la matière, dit Pontanus : *Hujus rei vis et difficultas consistit in illa bonorum societate in quam accita videtur mulier.* On appelle commun ce qui appartient à deux ou plusieurs personnes : *quod ad plures attinet, seu quod plurium est,* disent les lexiques, d'après les lois romaines. Il implique donc contradiction que le mari soit propriétaire, et que la femme soit *commune* en biens; qu'il y ait communauté de biens entre eux : car la communauté est un droit de copropriété.

Pontanus résout cette difficulté par le texte même de la coutume de Blois, en disant que l'on ne trouve pas un mot dans l'art. 182 d'où l'on puisse induire cette communauté de biens entre époux, *pendant la vie du mari.* Cet article dit seulement que, par le trépas de l'un des conjoints, les biens meubles et les immeubles acquis pendant le mariage se divisent par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé : ce qui prouve la non-existence d'une communauté pendant le mariage; car, s'il faut attendre la mort du mari, la femme n'a réellement aucun droit pendant qu'il vit, bien qu'elle soit appelée à recueillir la moitié des biens, s'ils existent à la mort du mari : *Etsi aliquando in eorum dimidiam partem* (*si extent post mortem*) *ventura sit.*

Ainsi, cette contradiction de la propriété de tous les biens déférée au mari, et le droit de communauté donné à la femme, Pontanus l'explique, d'après le texte de la coutume de Blois, en disant que la communauté n'existe point réellement pendant le mariage, quoique la femme soit appelée à recueillir la moitié des biens, s'ils existent au moment de la dissolution du mariage, et que la communauté n'existe que par cette dissolution.

Nous avons vu, *supra,* que Dumoulin et Pothier expliquent cette contradiction d'une manière différente, mais dont la conséquence est la même, en disant que la femme n'est point proprement commune en biens pendant le mariage, qu'elle a seulement l'espérance de le devenir; car, comme l'espérance n'est pas la réalité, il résulte de leur doctrine que la communauté n'existe point réellement pendant le mariage, mais seulement au moment de sa dissolution, qui donne un droit de copropriété ou de communauté à la femme.

80. Les coutumes se sont donc exprimées d'une manière très-impropre, quand elles ont dit, comme celle de Paris, art. 220, que la communauté commence du jour des épousailles et de la bénédiction nuptiale; car, pendant le mariage, la femme n'a aucun droit de copropriété sur les biens, qui, par conséquent, ne lui sont pas encore *communs,* dans la signification naturelle de ce mot. Il fallait dire : L'espérance ou le droit éventuel à la communauté commence au jour du mariage.

Elles se sont exprimées d'une manière encore plus impropre, quand elles ont dit que la communauté se dissout par la mort et par la séparation des époux, puisque c'est réellement à cette époque qu'elle prend naissance, et qu'elle devient actuelle; c'est cette époque qui donne

l'existence à la communauté proprement dite, en réalisant l'espérance de la femme ou de ses héritiers, et en leur conférant un droit actuel de copropriété ou de communauté à la moitié des biens.

Ces impropriétés de langage ont passé des coutumes dans le Code, art. 1399 et 1441; car il n'a rien changé à la nature de la communauté, qui reste la même que sous l'empire des coutumes. Il donne, comme elles, au mari le droit de vendre et d'aliéner les biens sans le concours de la femme, et sans en devoir compte à personne, même d'en disposer à titre gratuit, comme nous le verrons dans la suite. Le droit de la femme pendant le mariage n'est donc, sous l'empire du Code, comme sous l'empire des coutumes, qu'un droit purement éventuel, une simple espérance, que le mari ne peut à la vérité lui enlever, mais qu'il peut faire évanouir à son gré, en dissipant tous les biens.

Au reste, les inconvénients très-réels de ce droit exorbitant que la loi donne au mari sur les biens de la communauté sont balancés par cette considération importante, que le mari ne peut, en dissipant les biens, faire évanouir le droit éventuel, ou l'espérance acquise à son épouse, sans se priver lui-même, ainsi que ses enfants, de l'espérance d'augmenter sa fortune par de sages économies; considération toute-puissante, qui retiendra toujours l'homme honnête et moral, et surtout le bon père de famille, et l'empêchera de s'abandonner à des profusions désordonnées, qui, en nuisant à sa réputation dans l'opinion publique, finiraient par détruire sa fortune patrimoniale, affectée à la sûreté et au remboursement de la dot de son épouse, laquelle, d'ailleurs, a le droit de renoncer à la communauté, lorsqu'elle ne lui présente aucun avantage.

81. Il était nécessaire de remarquer ces inexactitudes ou impropriétés de langage, que nous venons de signaler, tant dans la rédaction des coutumes que dans celle du Code civil; car il en naît des équivoques qui occasionnent dans les idées une confusion dont les meilleurs esprits ont peine à se défendre. Les rédacteurs mêmes du Code, ces esprits supérieurs à qui la France doit un éternel tribut de reconnaissance, ont été entraînés par l'exemple des coutumes. Au lieu d'en réformer le langage impropre, ils en ont suivi les imperfections, en donnant trop souvent au mot *communauté* des acceptions qui ne lui conviennent nullement, et dont il est bon de fixer irrévocablement le sens.

Ainsi, quand l'art. 1399 dit que la communauté commence au jour du mariage, cette expression ne signifie pas autre chose que le droit éventuel et l'espérance de la femme aux biens dont le mari n'aura pas disposé pendant la durée de la société conjugale; droit qui commence en effet au jour du mariage.

Quand l'art. 1401 dit que la communauté se compose activement de tels et tels biens, cela ne signifie pas autre chose, si ce n'est que ce qui restera de ces biens au moment de la dissolution de l'union conjugale sera *commun* et partagé par moitié entre l'époux survivant et les héritiers de l'autre.

Quand l'art. 1409 dit que la communauté se compose passivement de toutes les dettes mobilières, etc., cela signifie que si ces dettes n'ont pas été payées durant le mariage, elles seront payées et prélevées sur ce qui restera de biens communs à la dissolution du mariage.

Nous avons déjà remarqué l'impropriété choquante des expressions de l'art. 1441, qui dit que la communauté se dissout par la mort naturelle ou civile, etc., tandis que c'est à ce moment qu'elle devient actuelle et cesse d'être éventuelle.

Enfin, quand les art. 1472, 1473 et autres parlent des indemnités dues par la communauté aux époux, ou par ceux-ci à la communauté, ces expressions ne signifient pas autre chose, si ce n'est que sur la masse des biens qui se trouvent au moment de la dissolution du mariage, chaque époux, ou ses héritiers, reprend et prélève les sommes versées pendant le mariage, et qui n'étaient pas destinées à devenir communes, et qu'il rapporte également à la masse les biens qu'il devait y apporter et qu'il n'y a pas apportés.

82. Entendues de cette manière, les expressions du Code, dans les articles cités, n'occasionnent plus de confusion dans les idées. Tout est clair et net; mais faute d'y faire attention, et en voyant que, suivant l'expression littérale du Code, la *communauté* commence dès le jour du mariage, qu'elle se compose du revenu des propres des deux conjoints, etc., qu'elle peut être créancière ou débitrice des époux, quelques auteurs ont imaginé qu'il faut considérer la communauté comme un être moral, ou comme une tierce personne placée entre les deux époux, et qui a des droits distincts et séparés de chacun d'eux; et ils ont donné à cet être idéal l'usufruit des biens propres des deux époux (1), la propriété des meubles et des acquêts; mais comme

---

(1) Delvincourt, p. 528 du t. I de son *Cours de droit civil*, édit. de 1813; le Guével, dans sa *Dissertation* sur l'art. 585 du Code civil, p. 19 et 20.

« Pour se former, disent-ils, une juste idée de la communauté, il faut la considérer comme un être moral, comme une tierce personne placée entre les deux époux. C'est cet être moral qui a l'usufruit de leurs biens personnels, et auquel appartiennent tous les fruits et revenus des biens qui sont l'objet de l'usufruit; mais comme cet être moral ne peut agir et administrer ses biens par lui-même, la loi lui nomme un administrateur : c'est le mari. »

Le savant Proudhon lui-même, nº 279 de son *Traité du droit d'usufruit*, dit :

un être moral ne peut agir et administrer ses biens par lui-même, l'art. 1421 a établi le mari administrateur légal de l'être moral appelé *communauté*.

Autant vaudrait dire que la société contractée entre deux individus qui mettent des biens en commun, pour faire un commerce, ou pour une entreprise quelconque, afin d'en partager les profits et les pertes, est un être moral, une tierce personne placée entre les deux associés, et qui a des droits distincts et séparés de chacun d'eux, parce que l'un des associés peut avoir des rapports à faire au fonds social, ou des indemnités à exercer.

Une pareille doctrine confond toutes les idées. Un être moral, pour être tel dans le sens légal, doit avoir par lui-même une existence civile reconnue et indépendante des individus physiques qui agissent en son nom. Un établissement public, par exemple, un hospice, un collége, une association légalement autorisée pour un objet de bienfaisance ou d'utilité publique, etc., sont des êtres moraux, des personnes morales, qui ont une existence civile, tellement indépendante des individus physiques qui administrent leurs biens, qui agissent pour elles et dans leurs noms, que la mort ou le changement entier de tous ces individus n'en laisse pas moins subsister la personne morale, parce que l'existence civile et indépendante, de même que la destruction de cette personne morale, ne peut être produite que par l'autorité de la puissance publique ou de la loi.

Mais ériger la communauté conjugale en personne morale, placée entre les deux époux, et ayant des droits distincts et séparés de chacun d'eux, c'est visiblement confondre toutes les notions en jurisprudence. La nouveauté d'une pareille doctrine, et, ce n'est pas trop dire, les absurdités qui en seraient les conséquences, suffiraient pour la faire proscrire. Il s'ensuivrait, par exemple, que, depuis le mariage, le mari ne régirait plus ses propres biens, et n'en percevrait plus les revenus en qualité de propriétaire, mais seulement en qualité d'administrateur d'une personne morale, ayant des droits distincts et séparés des siens, comme faisant et agissant, non plus en son nom propre, mais au nom de la personne morale de la communauté, de laquelle cependant il peut vendre, hypothéquer, donner même les biens, sans en devoir, en aucun temps, compte à qui que ce soit.

Il est évident que cette nouvelle doctrine ne peut s'accorder avec les principes des coutumes, qui donnent au mari la qualité de *seigneur et maître*, ni avec ceux du Code civil, qui n'a pas changé la nature de la communauté conjugale, ni avec ceux du droit romain sur l'usufruit, adoptés par le Code.

Mais écartons un instant l'inconséquence d'établir un usufruit sur la tête d'une personne morale interposée entre les époux. Les textes d'où l'on veut induire cet usufruit prétendu offrent des conséquences tout opposées.

L'art. 1401 dit que *tous les fruits* des propres des époux composent l'actif de la communauté; mais les coupes de bois, les produits des carrières et mines, sont-ils *des fruits?* Il y a sur cela des distinctions que le Code a faites au titre *de l'Usufruit*, dans l'art. 590 et dans les suivants. Fallait-il les répéter dans le titre *de la Communauté?* Non, c'eût été une répétition fort inutile. L'art. 1403, qui est une suite de l'art. 1401, s'est donc borné à renvoyer, *brevitatis causa*, au titre *de l'Usufruit*, où se trouvent les principes sur la distinction des fruits. Il a dit : « Les coupes des bois et les produits des carrières et mines tombent dans la communauté (c'est-à-dire dans la masse des biens qui seront partagés en commun, s'ils existent lors de la dissolution du mariage), pour tout ce qui en est considéré comme usufruit, d'après les règles établies au titre *de l'Usufruit*. »

C'est de là qu'on prétend induire que les fruits des propres entrent dans la communauté, en vertu d'un droit d'usufruit.

C'est évidemment choquer toutes les règles de la dialectique, de conclure de ce texte que la communauté est un usufruit, parce que les règles sur la distinction des fruits, établies au titre *de l'Usufruit*, sont applicables à la communauté. Cette conséquence est d'ailleurs complétement détruite par la seconde disposition du même art. 1403, qui porte : « Si les coupes de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds, ou à ses héritiers. »

C'est un principe reconnu et incontestable, en matière d'usufruit, que les fruits ne sont acquis à l'usufruitier que par la perception qu'il en fait (1). Si l'usufruit finit avant qu'il les ait recueillis, il n'y a plus aucun droit; ils appartiennent en entier au propriétaire, par droit d'accession, sans que l'usufruitier puisse prétendre aucune récompense.

Au contraire, notre art. 1403 veut qu'il soit

« Cet être moral, que nous appelons *communauté*, a ses droits distincts et séparés des droits de chacun des époux, etc. » Il ajoute ensuite que « le droit de jouissance, que l'art. 1401, § 2, donne à la communauté sur les biens propres des conjoints, est un véritable droit d'usufruit. »

Battur, nº 150, et Dalloz, vº *Communauté*, nº 8, partagent cette opinion qui est contredite par Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 106.

(1) L. 13, ff. *quib. mod. ususf. amit.*, 17, 4.

dû à l'époux non propriétaire du fonds une récompense ou indemnité pour la coupe des bois qui pouvait être faite durant la communauté, et qui ne l'a pas été. Ce n'est donc point en vertu d'un droit d'usufruit que les coupes de bois tombent dans la communauté.

Mais d'où vient cette différence entre l'usufruitier, à qui il n'est dû aucune récompense pour les coupes des bois qu'il a omis de faire pendant la durée de son usufruit, et la communauté à laquelle il en est dû pour celles qui n'ont pas été faites pendant le mariage? C'est ce qu'explique fort bien Doneau, *Commentaria juris civilis,* lib. 10, cap. 10. Cette différence vient de celle du titre en vertu duquel l'usufruitier et la communauté, ou plutôt le mari, ont droit aux fruits. Le premier n'y a droit que pour son intérêt particulier et individuel, en vertu de son usufruit, qui ne les lui donne qu'autant qu'il les perçoit. S'il omet de les percevoir avant la fin de son usufruit, il savait qu'après il n'en aurait plus le droit. Il est donc censé en avoir voulu gratifier le propriétaire : *donasse censetur.*

Au contraire la communauté, ou le mari, son administrateur, reçoit les fruits *ad sustinenda onera matrimonii,* à la charge des aliments dus aux époux, de l'éducation et entretien des enfants, et de toute autre charge du mariage, dit l'art. 1409, et enfin à la condition que l'excédant du revenu sur les charges, s'il en reste lors de la dissolution du mariage, sera partagé entre les deux époux ou leurs héritiers.

Il est donc évident que la valeur d'une coupe de bois acquise à la communauté dès le moment du mariage, mais qui n'a point été faite avant sa dissolution, doit néanmoins être partagée, comme les autres biens qui se trouvent alors dans la communauté, autrement l'époux propriétaire du fonds des bois n'y aurait point apporté ce qu'il y devait apporter. Il tirerait un profit personnel des biens de la communauté. Il en devrait donc la récompense, suivant le principe établi dans l'art. 1437, quand même l'art. 1403 ne le dirait pas expressément. Mais peut-être a-t-on cru qu'il était nécessaire de l'exprimer, dans la crainte que ce dernier article, faisant entrer les fruits en communauté, suivant les règles expliquées au titre *de l'Usufruit,* on ne fût tenté d'en conclure qu'ils ne sont acquis à la communauté qu'autant qu'ils sont perçus pendant la durée du mariage, comme ils ne sont acquis à l'usufruitier que par la perception qu'il fait pendant la durée de son droit.

83. Après avoir essayé de bien déterminer la nature de la communauté conjugale, revenons à l'art. 1399, qui porte qu'elle commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil. Nous avons vu que le mot de *communauté* ne signifie ici que le droit éventuel, l'espérance de la femme ou de ses héritiers sur les biens dont le mari n'aura pas disposé. Ce droit commence, suivant notre article, au jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil, sans qu'on puisse stipuler qu'il commencera à une autre époque.

L'art. 220 de la coutume de Paris portait « que la communauté commence du jour des « épousailles et bénédiction nuptiale. » Mais la liberté de conscience, consacrée enfin comme un droit naturel de l'homme, et la protection accordée également à tous les cultes, ont nécessité la séparation du sacrement et du contrat de mariage, lequel n'en produit pas moins tous les effets civils, indépendamment de la bénédiction des ministres des cultes dans chaque communion. Le Code, pour fixer une époque uniforme au commencement de la communauté pour les Français de toutes les communions, a donc dû le fixer *au jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil.*

L'art. 1399 ajoute : « On ne peut stipuler » qu'elle commencera à une autre époque. » Cette dernière disposition a pour objet de retrancher irrévocablement les embarras et les difficultés que faisaient naître les dispositions de certaines coutumes, telles que l'art. 424 de celle de Bretagne, qui exigeait, pour l'établissement de la communauté légale entre époux, qu'ils *eussent été en mariage par an et jour après les épousailles.* L'accomplissement de cette condition avait, il est vrai, un effet rétroactif, qui faisait remonter la communauté au jour du mariage. Mais si l'un des époux venait à décéder avant l'expiration de l'année, la communauté n'avait point existé. Cependant les meubles des deux époux s'étaient mêlés : de là des difficultés entre le survivant et les héritiers ou les créanciers du prédécédé.

Il paraît que la disposition qui exigeait l'an et jour pour établir la communauté légale entre conjoints venait de notre ancien droit français, suivant lequel la simple cohabitation produisait une société tacite entre les parents, les frères et sœurs, par exemple, qui avaient demeuré ensemble par an et jour (1).

84. Si l'on ne peut stipuler que la communauté commencera à une autre époque que celle du jour de la célébration du mariage, il n'est pas défendu de stipuler qu'elle n'aura lieu que sous une condition. Cette stipulation n'a rien de contraire à la disposition de l'art. 1399; car la condition ayant un effet rétroactif, il en résulte, si elle s'accomplit, que la communauté aura commencé à l'époque de la célébration du mariage, et qu'elle n'aura jamais existé, si la condition vient à défaillir. Ainsi, le Code n'ayant

(1) Pothier, *de la Communauté*, n° 278; Duranton, n° 95; Battur, n° 89; Delvincourt, t. 3, p. 237, notes.

point défendu les stipulations qui subordonnent l'existence de la communauté à une condition casuelle, elles sont valides. Elles l'étaient également sous l'ancienne jurisprudence. Le Brun (1) en donne pour exemple la stipulation que la communauté aura lieu, si tel procès réussit.

On en trouve un autre exemple dans les stipulations assez fréquentes, que la communauté n'aura pas lieu si l'épouse décède sans enfants. C'est encore une condition casuelle. On ne doit donc pas douter de la validité d'une pareille stipulation (2).

85. Celle qui établirait une communauté, avec la clause que les héritiers collatéraux des conjoints seront exclus de toute participation à cette communauté, n'est point également défendue. Elle a de l'analogie avec la précédente. Cependant leurs effets sont très-différents.

Dans la première, le défaut d'accomplissement de la condition suspensive fait que la communauté n'a jamais existé; il en résulte que si le mari prédécède, la femme n'a rien à prétendre que ses apports, c'est-à-dire les meubles qu'elle prouvera avoir apportés chez son mari, parce que ces objets n'étant point entrés dans une communauté qui n'a point existé, le mari ni ses héritiers n'y peuvent prétendre aucun droit; le surplus des biens lui appartient, ou à ses héritiers, s'il prédécède.

Dans la seconde stipulation, au contraire, la communauté a réellement existé; mais les collatéraux du prédécédé n'y pouvant rien prétendre, tous les biens qui la composent appartiennent au survivant des conjoints, soit la femme, soit le mari (3). C'est un gain de survie qui n'est point défendu par la loi, et qui, par conséquent, est permis (4). Les héritiers auront néanmoins le droit d'exiger du survivant les reprises du prédécédé. Par exemple, les prix de ses propres aliénés, celui de la dot, stipulée propre gain de survie, ne peuvent, sans une convention expresse, s'étendre aux objets qui ne sont point entrés dans la communauté.

86. Mais la clause qui établirait la communauté sous une condition potestative serait-elle valide (5)? Elle ne l'était pas sous l'empire des coutumes, qui défendaient aux conjoints de s'avantager pendant le mariage. Ainsi, il n'était pas permis aux futurs conjoints de se réserver, par leur contrat de mariage, la faculté de rétablir la communauté, qu'ils avaient exclue par le même contrat, parce que, quoique cette réserve fût insérée dans le contrat de mariage, son exécution tombait dans un temps prohibé : *Paria sunt aliquid fieri tempore prohibito, aut conferri in tempus prohibitum.* (Lebrun, liv. 1, chap. 2, nº 64.)

Il est clair que l'établissement de la communauté, sous une condition purement potestative, produit le même effet que la réserve de l'établir à volonté pendant le mariage. Nous disons sous une condition purement potestative; car si l'on faisait dépendre l'établissement de la communauté, non pas uniquement de la volonté des deux conjoints, mais d'un fait qu'il est en leur pouvoir d'exécuter, la stipulation serait valide, et le défaut d'accomplissement de la condition empêcherait la communauté de naître. On le jugeait ainsi, même sous l'empire des coutumes. En voici un exemple emprunté de Lebrun, liv. 1, chap. 2, nº 65 : « Une fille, épousant un veuf qui avait des enfants de son premier mariage, stipula dans leur contrat de mariage qu'il serait obligé de faire inventaire, à faute de quoi il n'y aurait aucune communauté entre eux ; et le mari l'autorisait, dès à présent comme dès lors, pour l'administration de ses biens : le mari ne fit point inventaire. Après son décès, la veuve fut poursuivie comme commune par un créancier. Elle déclara que sans avoir besoin de renoncer, elle reprenait, en conséquence de la clause, tout ce qu'elle avait apporté en mariage. Le créancier, au contraire, soutint qu'elle était commune, parce qu'elle n'avait pas renoncé, d'autant plus que la communauté était établie dans la clause sous une condition *pure potestative,* qui était nulle et rendait sa stipulation de communauté pure et simple, parce qu'il ne devait pas dépendre du mari d'avoir une communauté ou de n'en pas avoir, en faisant ou ne faisant pas un inventaire.

» Nonobstant cela, il fut répondu que la cause de la veuve était juste, parce que l'inventaire qui devait être fait par le mari, pour empêcher la confusion des meubles de la femme avec ceux de sa première communauté, devait l'être avant le mariage. Ainsi, le mari n'ayant pas voulu faire cet inventaire en ce temps, il a exclu la communauté dans un temps permis. »

---

(1) *Traité de la communauté,* liv. 1, chap. 3, nº 10.

(2) *Nouveau Denisart,* vº *Communauté ;* Duranton, nº 99; Dalloz, nº 11.

(3) C'est ce qu'a fort bien jugé un arrêt du 18 mars 1625.

« Un contrat de mariage portait qu'en cas de prédécès de la femme, ses héritiers n'auraient aucune part dans la communauté. Cet arrêt jugea que, nonobstant la survie d'un fils né du mariage, qui n'était même décédé que longtemps après sa mère, le père, survivant à sa femme, avait profité de tous les meubles et conquêts, en vertu de cette clause, qui ne comprenait pas moins les enfants que les héritiers collatéraux. » *Voy.* Lebrun, *Traité de la communauté,* liv. 1, chap. 3, nº 9, p. 34.

Cet arrêt est rapporté dans le *Journal des Audiences,* liv. 1, chap. 45.

(4) Mais lorsque le contrat porte que les héritiers de la femme n'auront aucune part dans la communauté, peut-elle tester?

(5) Non, selon Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 97, et Battur, t. 2, p. 251.

Cette décision est conforme à la justice, aux principes sur les conditions ; car si en général la condition purement potestative rend l'obligation nulle par défaut de lien (1), la condition qui fait dépendre l'obligation, non pas uniquement de la volonté du débiteur, mais d'un fait qu'il est en son pouvoir d'exécuter, est valable, parce qu'alors il y a un lien de droit. Par exemple, je vous donnerai tant si je vais à Paris. Quoique l'accomplissement de cette condition soit en mon pouvoir, il y a néanmoins un lien de droit ; il y a obligation de ne point aller à Paris, ou de vous donner la somme promise (2).

Il en est de même de l'obligation de faire inventaire, dans l'espèce dont parle Lebrun. La future avait stipulé que le futur serait obligé de faire inventaire, faute de quoi il n'y aurait point de communauté. Il était, à la vérité, au pouvoir de ce dernier de faire ou de ne pas faire un inventaire, mais il y avait néanmoins un lien de droit, l'obligation de faire inventaire, s'il voulait établir la communauté ; car la future n'y avait consenti qu'à cette condition, qui, par conséquent, n'était pas purement potestative.

Nul doute que sous l'empire du Code on pourrait faire dépendre d'une pareille condition l'établissement de la communauté; mais pourrait-on la faire dépendre d'une condition purement potestative ?

Il nous semble que cette question doit être résolue par les principes que nous avons exposés *supra*, nos 25 et suivants, relativement aux conventions matrimoniales, rédigées ou changées depuis le mariage. Elles étaient nulles sous l'empire des coutumes, parce que, quelles qu'elles fussent, elles contenaient nécessairement un avantage en faveur de l'un ou de l'autre des conjoints, et qu'il leur était défendu de s'en faire aucun pendant le mariage; mais loin de le leur défendre, le Code leur permet expressément de se donner tout ce dont ils pourraient disposer en faveur d'un étranger. (Art. 1094.) Ces avantages sont seulement toujours révocables par celui qui les a faits, sans le concours de celui qui les a reçus. (Art. 1096.)

Il n'y a donc plus, sous l'empire du Code, de raison pour annuler, ni les conventions postérieures au mariage, ni les changements faits aux antérieures. Aussi nous avons vu *supra*, no 37, que les art. 1394 et 1395 n'en ont point prononcé la nullité, et que le juge ne peut suppléer à leur silence.

Mais comme les conventions ou changements postérieurs au mariage contiennent nécessairement un avantage au moins indirect en faveur de l'un des conjoints, ils peuvent, dans les principes du Code, être révoqués jusqu'à la mort.

Nous pensons donc que la clause du contrat de mariage, qui ferait dépendre l'établissement de la communauté d'une condition purement potestative, n'a rien d'illicite et n'est pas nulle aujourd'hui, et que si, en vertu de cette clause, la communauté est établie pendant le mariage, cet établissement pourra être révoqué, mais qu'il sera confirmé par le prédécès, sans révocation, de celui qui a accompli la condition purement potestative d'où résulte l'avantage.

Il en serait de même, quoique la convention matrimoniale exclusive de la communauté ne contînt aucune réserve de l'établir pendant le mariage, si les époux, d'un commun accord, l'établissaient néanmoins par un contrat notarié postérieur au mariage. Le contrat ne serait pas nul, mais révocable par l'un des conjoints, sans le concours de l'autre (3).

PREMIÈRE PARTIE.

De la communauté légale.

SOMMAIRE.

87. La communauté légale est fondée sur la convention tacite des parties, qui sont censées avoir choisi les dispositions de la loi pour leur contrat de mariage.
88. La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la légale, pour tous les cas où il n'y est pas dérogé. C'est une communauté mixte.
89. La communauté ne peut exister qu'entre personnes capables de contracter un mariage valable.
90. Mais la bonne foi donne les effets civils au mariage.
91. La communauté légale a lieu entre étrangers domiciliés, quoique non naturalisés, qui se marient en France.

87. Nous avons déjà vu qu'en vertu de la disposition de l'art. 1393, le régime de la communauté est le droit commun en France, à défaut de stipulations qui y dérogent ou le modifient. La communauté est alors reglée par les dispositions des six sections suivantes, et on l'appelle *communauté légale*, non qu'elle soit produite immédiatement par la loi, *vi ipsius legis immediate et per se :* sa cause immédiate est une convention tacite ou présumée des parties, qui, à défaut de conventions écrites, sont censées avoir choisi pour leur contrat de ma-

(1) *Voy.* ce que nous avons dit t. 3 (VI, éd. fr.), no 699, et Pothier, no 48.

(2) Cette condition se réduit donc, dans la réalité, à une obligation alternative.

(3) Voy. *Nouveau Denisart*, vo *Communauté;* Renusson, *Traité de la communauté*, part. 1, chap. 4, no 12; Duranton, *ubi supra*, no 99; Dalloz, *eod. verb.*, nos 11 à 15. *Voy.* note Duranton, p. 16, no 16.

riage celui que leur offre la loi dans les dispositions du Code, dont la sage prévoyance a réglé d'avance leurs droits respectifs d'une manière impartiale, dans la première partie du présent chapitre.

En leur laissant la liberté de déroger à ces dispositions, la loi a eu le droit de présumer qu'elles ont voulu s'y conformer, quand elles n'ont pas manifesté d'intention contraire : *Velle videtur qui non impedit quod impedire potest.* C'est une conséquence nécessaire et juste des principes du Code, qui dit à tous les Français : Vous avez une liberté pleine et entière de régler l'association conjugale, quant aux biens, de la manière qu'il vous plaira. Je ne vous commande rien à cet égard ; je ne vous défends rien que ce qui est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Mais, si vous n'établissez pas les règles de cette importante association par un contrat exprès, si vous vous taisez, j'en conclurai, tant pour votre propre intérêt que pour celui de vos enfants, de vos familles et même du public, que vous avez adopté le régime de la communauté sans modification, et tel que vous le présente le Code. Il est donc rigoureusement vrai, sous son empire, que celui qui se tait consent ; car il était obligé de s'expliquer.

La communauté, quoique réellement fondée sur le consentement tacite des parties, étant alors réglée par les seules dispositions de la loi, on l'appelle communauté *légale,* à la différence de la communauté *conventionnelle,* qui est régie par les conventions des parties. Si le contrat de mariage se bornait à dire que les futurs se marient sous le régime de la communauté, elle serait encore, en ce cas, régie par les seules dispositions du Code.

88. Il est rare que la communauté soit purement conventionnelle, c'est-à-dire que tous les cas soient prévus, tous les droits réglés par le contrat. « La communauté conventionnelle reste » alors soumise aux règles de la communauté » légale, pour tous les cas auxquels il n'y a pas » été dérogé implicitement ou explicitement par » le contrat. » (Art. 1528.)

La communauté est donc le plus souvent mixte, en ce sens qu'elle est régie, en certains cas, par les dispositions du Code, et en d'autres, par les conventions des parties.

Le Code commence, avec raison, par expliquer, dans cette première partie du chapitre, les règles de la communauté légale, pour passer, dans la seconde, à la communauté conventionnelle, en expliquant les conventions principales et les plus usitées, pour modifier la communauté légale, ou même exclure toute espèce de communauté.

89. Au reste, la communauté, soit légale, soit conventionnelle, étant un effet civil du mariage, dit Pothier, n° 21, elle ne peut être contractée que par des personnes capables de contracter ensemble un mariage civil. C'est pourquoi, si l'une des parties qui ont contracté mariage ensemble était alors privée de l'état civil par une condamnation à une peine capitale, ne pouvant y avoir de mariage civil entre ces personnes, il n'y aurait pas entre elles de communauté conjugale. Cela a lieu, à plus forte raison, lorsque le mariage non-seulement n'est pas un mariage civil, mais est absolument nul.

90. Néanmoins, la bonne foi de l'une des parties, qui a eu une juste cause d'ignorance de l'empêchement à la validité du mariage, peut donner les effets civils à ce mariage, quoiqu'il ne soit pas mariage civil, et même quoiqu'il soit absolument nul, et en conséquence la communauté conjugale aura lieu entre ces personnes (1).

91. Lorsque des étrangers, quoique non naturalisés, mais domiciliés en France, y contractent mariage, sans passer aucun contrat de mariage, la communauté légale a lieu entre ces personnes (2). Il est vrai qu'elles ne sont pas capables du droit civil, qui n'a été établi que pour les citoyens, tel que le droit de tester, le droit de succéder ; mais elles sont capables de ce qui appartient au droit des gens, telles que sont toutes les conventions. Or la communauté légale n'est fondée que sur une convention que les personnes qui contractent mariage sont présumées avoir eue d'établir entre elles une communauté, telle que la loi de leur domicile l'établit, de laquelle convention, de même que de toutes les autres conventions, les étrangers sont capables. La communauté légale peut donc avoir lieu entre ces personnes, à plus forte raison la conventionnelle (3).

SECTION PREMIÈRE.

De ce qui compose la communauté légale, activement et passivement.

§ Ier. *De l'actif de la communauté.*

SOMMAIRE.

92. La communauté n'est point une société universelle de biens ; il n'y entre que ceux que le Code y fait entrer ; les autres demeurent propres de chacun des conjoints.

---

(1) *Voy.* le *Traité du contrat de mariage* de Pothier, nos 437 et suiv., et ce que nous avons dit t. 1, nos 555 et suiv.

(2) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 87; mais *voy.* Zachariæ, § 506 ; Battur, t. 1, p. 66.

(3) *Voy.* aussi l'annotateur de Lebrun, *de la Communauté*, liv. 1, chap. 2, nos 75 et suiv. Voy. *Nouveau Denisart*, v° *Communauté*, § 2 ; Pothier, *Communauté*, n° 21 ; Merlin, *Répert.*, v° *Divorce*, sect. 4, § 40 ; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 15 et suiv. ; Rolland, v° *Contrat de mariage*, nos 13, 14 et 15.

93. Texte de l'art. 1401.
94. Examen de la première disposition. Tous les meubles corporels et incorporels entrent dans la communauté, hors ceux que la loi répute immeubles.
95. Les droits et actions incorporels qui ont des meubles pour objet sont meubles.
96. S'ils ont pour objet des meubles et des immeubles en même temps, ils sont partie mobiliers, partie immobiliers.
97. Les actions et intérêts dans *les compagnies* de commerce, etc., sont meubles à l'égard des associés, quoiqu'il y ait des immeubles accessoires dépendants de l'entreprise. Compagnie et société ne sont point synonymes. Explication de l'art. 529.
98. Ce qui ne s'entend que des meubles dépendants de l'entreprise, et non des biens acquis par la compagnie.
99. Les fonds auxquels seraient attachés les profits d'une entreprise ne seraient pas meubles, mais seulement les profits. Il en serait de même des fonds acquis par une compagnie dont l'objet serait d'acquérir des terres pour les mettre en valeur.
100. Au contraire, les actions d'une compagnie qui aurait pour objet le dessèchement d'un marais seraient meubles, parce que l'indemnité due originairement est une somme d'argent.
101. Il ne faut pas appliquer l'art. 529 aux sociétés qui n'ont pas le caractère de compagnies.
102. La nature de meuble ou d'immeuble d'une créance alternative dépend du choix qui sera fait par celui auquel il est déféré.
103. Si le titre de la créance laissait au débiteur la faculté de payer une chose au lieu d'une autre, c'est la nature de la chose due qui détermine la qualité de la créance. Conséquences.
104. La créance du prix d'un héritage vendu avant le mariage est mobilière et entre en communauté. De même, l'action d'un marchand pour se faire livrer des futaies achetées, quand elles étaient encore sur pied.
105. Le droit du fermier sur les biens pris à ferme avant son mariage est mobilier et entre en communauté. Conséquences.
106. Droit de la femme sur les biens pris à ferme par son mari avant le mariage.
107. Le bail fait par la femme avant son mariage reste au compte du mari, si elle renonce, mais elle n'est pas dégagée envers le propriétaire; elle a seulement un recours en indemnité sur les héritiers de son mari.
108. Les rentes perpétuelles sont meubles et entrent en communauté, tant pour le capital que pour les arrérages.
109. Les créances conditionnelles entrent-elles dans la communauté avant l'événement qui leur donne l'existence?
110. *Quid* des rentes viagères? Leur nature.
111. L'action en récompense ou remploi est mobilière sous l'empire du Code.
112. Les offices d'avoués, notaires, greffiers, etc., sont des meubles.
113. Exceptions à la règle qui fait entrer tous les meubles en communauté: 1° les donations mobilières, que le donateur en a exclues.
114. Erreur de Delvincourt, qui pense que si la donation est faite par un ascendant, il ne peut exclure de la communauté que la portion disponible.
115. Il n'est pas nécessaire que l'exclusion de la communauté soit expresse.
116. Les propriétés littéraires garanties aux auteurs, etc., pendant leur vie, et même après leur mort, n'entrent point en communauté.
117. Les reliquats de compte dus à des mineurs ne sont plus immobilisés pour aucune portion.
118. Les choses mobilières substituées durant le mariage à des immeubles propres de l'un des conjoints ne tombent point en communauté. Exemple, le prix de la vente d'un propre, les soultes de partage.
119. Si, dans le partage d'une succession, un des conjoints recevait plus de meubles qu'il n'en pouvait prétendre, ils entreraient tous en communauté.
120. Pourvu qu'il y ait eu un partage régulier.
121. Explication de l'art. 1401, concernant les fruits et revenus. Des fruits naturels et industriels.
122. Les fruits civils s'acquièrent jour par jour, sans avoir égard aux termes de payement.
123. Les fruits naturels, au fur et à mesure qu'ils sont cueillis.
124. Il est dû récompense des frais de culture faits par la communauté, lorsqu'elle n'a pas recueilli les fruits. Différence de ce cas à celui de l'usufruit.
125. Erreur de Delvincourt qui enseigne le contraire, en soutenant mal à propos que la communauté est un usufruit.
126. Les revenus ou émoluments extraordinaires qu'on peut tirer des fonds propres de l'un des conjoints n'entrent point en communauté.
127. Des bois, et quels sont ceux dont le produit entre en communauté. Différence entre elle et l'usufruit à cet égard.
128. Quand les produits des mines et carrières entrent en communauté; erreur de Delvincourt à cet égard.
129. Les trésors que le propriétaire trouve dans son fonds n'entrent point en communauté.
130. Pothier y faisait entrer le tiers qui lui appartenait comme inventeur. Il avait raison sous l'ancien droit.
131. Sous l'empire du Code, le trésor paraît exclu en entier de la communauté, quand il est trouvé par le propriétaire du fonds. Opinion contraire de Delvincourt combattue.
132. Transition aux immeubles, qui entrent ou n'entrent pas en communauté. Explication des mots *conquêts* ou *acquêts*, et du mot *propres*.
133. Règles sur les immeubles qui entrent ou n'entrent pas en communauté.
134. Tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent en communauté. Exceptions : 1° Les immeubles échus par succession.

92. Nous commencerons par rappeler ici une vérité reconnue par tous les auteurs et que nous avons déjà rappelée *supra :* c'est que la société, ou la communauté de biens entre époux, n'est point la suite nécessaire du mariage, ou de la société des personnes; elle n'est point, comme celle-ci, établie par la nature ; elle est l'ouvrage de la loi, sans la disposition de laquelle tous les biens présents et futurs, meubles et immeubles de chaque conjoint, lui demeureraient propres, pour en disposer et les administrer comme bon lui semblerait. Mais en établissant une communauté de biens entre les conjoints, la loi ne l'a point établie d'une manière universelle; elle n'a point mis en commun tous les biens présents ou à venir, de quelque nature qu'ils soient : elle a pris soin d'énumérer les biens qu'elle veut faire entrer en communauté, à défaut de stipulation contraire de la part des époux. Et comme les sociétés, entre autres personnes que les époux, ne sont composées que des biens que les associés y ont fait entrer par le contrat, de même la communauté légale entre conjoints n'est composée que des biens que le Code déclare communs entre eux. Tous les autres en sont exclus et demeurent *propres*. En cette matière on appelle *propres*, suivant la signification naturelle du mot, les biens qui ne sont pas communs entre les conjoints, ou qui sont exclus de la communauté légale.

Le principe général est que tous les biens que le texte du Code, ou une conséquence de son texte, n'y fait point entrer, en sont exclus, s'il est prouvé que l'un des époux les possédait, ou en était propriétaire avant le mariage. Voici comment l'art. 1401 compose la communauté légale :

93. La communauté se compose activement :

« 1° De tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble, de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage, à titre de succession, ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire ;

» 2° De tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit ;

» 3° De tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. »

Le Code, au commencement du second livre, divise tous les biens que l'homme peut posséder en deux grandes classes, les meubles et les immeubles. Il suit la même division dans la composition de la communauté légale. Il la compose : 1° de tout le mobilier, c'est-à-dire de tous

les meubles présents et futurs qui appartiennent ou pourront un jour appartenir aux deux époux, de quelque nature que soient ces meubles, de quelque manière, dans quelque temps qu'ils les aient acquis, pourvu que ce soit avant la dissolution du mariage. Telle est la règle générale, sauf les exceptions que nous verrons ci-après ;

2° De tous les fruits, revenus et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, provenant des biens propres des époux, c'est-à dire de ceux qui n'entrent point en communauté.

94. Examinons d'abord la première disposition de notre article. Elle est générale et comprend, sans aucun doute, les meubles, tant corporels qu'incorporels (1).

Mais il y a des choses corporelles qui, quoique réellement meubles par leur nature et considérées en elles-mêmes, sont néanmoins réputées immeubles, comme étant les accessoires d'un immeuble ou d'un droit immobilier, et qui, par cette raison, n'entrent point dans l'actif de la communauté. Pour les connaître, il faut recourir aux chapitres 1 et 2 du liv. 2, titre 1, du Code, *de la Distinction des biens,* que nous avons expliqués tome 3 (VI, éd. fr.). On peut aussi consulter Pothier, n°ˢ 27, 65.

95. Quant aux meubles incorporels, il n'est pas douteux qu'ils entrent en communauté, puisqu'ils ne sont point exceptés de la disposition générale de notre article. Mais ils méritent quelques développements. Les choses incorporelles ne sont de leur nature ni meubles, ni immeubles, puisqu'elles ne tombent pas sous les sens. Mais la loi ayant divisé tous les biens en deux grandes classes, les meubles et les immeubles, on y a aussi rangé les biens incorporels, ou les droits et les actions qu'ils produisent. Ces droits et ces actions participent de la nature des choses qui en sont l'objet. Ainsi les actions sont meubles, si elles ont un meuble pour objet, c'est-à-dire si elles tendent à réclamer la possession d'un meuble; immeubles, si c'est un immeuble qu'elles ont pour objet. On ne considère point la cause d'où provient le droit ou l'action (2) : *Actio ad mobile consequendum est mobilis, ad immobile consequendum immobilis.*

Cette ancienne règle est consacrée par les articles 526 et 529 du Code. Le dernier porte : « Sont meubles par la détermination de la loi » les obligations ou actions qui ont pour objet » des choses exigibles ou des effets mobiliers. »

96. Si l'action a pour objet en même temps des meubles et des immeubles, elle est mobilière en partie, et immobilière pour l'autre partie. Par exemple, avant mon mariage, j'ai acheté une maison meublée, avec tous les meubles qui s'y trouvent. Elle ne m'a point encore été livrée au moment de la célébration du mariage. L'action que j'ai contre mon vendeur étant en partie mobilière et en partie immobilière, tous les meubles de la maison entreront en communauté, la maison seule en sera exclue et me restera *propre* (3).

97. Il y a cependant des cas où une action demeure mobilière pour le tout, quoiqu'elle ait pour objet accessoire des immeubles dépendants du mobilier, qui est l'objet principal de l'action. La disposition finale de l'art. 529 en donne un exemple. Il porte : « Les actions ou » intérêts, dans les compagnies de finance, de » commerce ou d'industrie, encore que *des im-* » *meubles dépendants* de ces entreprises appar- » tiennent aux compagnies, ces actions ou inté- » rêts sont réputés meubles à l'égard de chaque » associé, seulement tant que dure la société. »

Remarquons d'abord que cet article ne parle que des actions ou intérêts dans *les compagnies* de finance, de commerce ou d'industrie, et non pas dans les simples *sociétés* de finance, de commerce ou d'industrie. Ces deux mots, *sociétés* et *compagnies* ne sont point synonymes : toute compagnie est une société sans doute, puisque c'est la réunion de plusieurs personnes qui conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter; mais toute société n'est pas une *compagnie.*

L'usage a réservé le nom de *compagnie* aux associations dont les membres sont en grand nombre, les capitaux considérables, les entreprises relevées, soit par leurs risques, soit par leur importance. Ces compagnies sont ordinairement composées de personnes de diverses professions, de capitalistes, qui confient la direction de leur entreprise à quelques-uns des associés, ou bien à des commissionnaires ou agents capables et intelligents, pour agir suivant les règles ou les plans convenus et arrêtés entre eux.

Il peut exister deux espèces de ces compagnies ou associations : les unes privilégiées, autorisées par le gouvernement, qui leur a donné un droit ou des faveurs particulières pour certaines entreprises ou certains commerces, à l'exclusion des autres sujets du même État. Il existait autrefois beaucoup de ces compagnies privilégiées : on les croyait alors nécessaires ou avantageuses à la prospérité et au progrès du commerce et de l'industrie, afin de les encourager par des

(1) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 106; Dalloz, *eod. verbo*, n° 17; Battur, n° 159.

(2) Lebrun, *Traité de la communauté,* dit, au contraire, qu'on regarde comme un principe général qu'en matière de communauté, à la différence de celle des successions, on a toujours égard à la cause, et non pas à l'objet des actions. Pothier, n° 77, a réfuté cette erreur, qui ne peut plus être reproduite sous l'empire du Code. *Voy.* aussi Duranton, n° 107.

(3) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 113.

distinctions et des priviléges. La raison et l'expérience apprirent enfin au gouvernement que les priviléges ne sont que des barrières à l'industrie; que c'est par la concurrence que les arts se perfectionnent, que les denrées abondent et que l'État se procure un grand superflu.

L'opinion publique discrédita les compagnies privilégiées; on finit par les supprimer par une loi du 26 germinal an II, qu'abrogea une autre loi du 30 brumaire an IV (1), par la considération qu'il était urgent de donner au commerce toute l'activité et la liberté qui lui sont nécessaires pour accroître les ressources de la France. Il y a donc aujourd'hui plusieurs compagnies de finance, de commerce ou d'industrie; les unes autorisées par le gouvernement, telles que la Banque de France, celles des assurances contre les incendies, et d'autres qui se sont formées sans autorisation. Les grandes manufactures sont ordinairement des compagnies.

Les compagnies, soit pour se procurer facilement des fonds plus considérables, soit pour obtenir un plus grand nombre d'associés, qui partagent la chance de l'entreprise à perte ou profit, divisent le capital qu'elles jugent nécessaire pour le succès, en fractions plus ou moins fortes, que l'on appelle *actions*, et dont la réunion forme tout le capital de la compagnie. Ces actions sont partagées entre les associés primitifs ou vendues par eux à d'autres personnes, qui deviennent ainsi intéressées dans l'entreprise, pour une portion correspondante au nombre et à la valeur de leurs actions.

L'action est donc une part dans tout ce qui appartient à l'association, et tout actionnaire en est, en qualité d'associé, copropriétaire. Or, comme l'objet de l'association est de partager entre les associés les profits et les pertes, en proportion de leur intérêt, et comme les profits, bénéfices et produits se répartissent en argent, l'action est de sa nature mobilière : jusque-là nulle difficulté.

Mais s'il est nécessaire que l'association ou la compagnie ait des immeubles pour l'exploitation de l'entreprise; par exemple, l'emplacement et les édifices d'une manufacture, qu'il est plus avantageux d'acquérir ou de faire bâtir, que de les louer, et dont la valeur est souvent considérable, chaque associé devient copropriétaire de ces immeubles en proportion de son intérêt. Son action continuera-t-elle d'être mobilière en totalité, ou sera-t-elle en partie immobilière, comme ayant en partie des immeubles pour objet? Et comment faire la ventilation de chaque partie?

Il paraît qu'autrefois on regardait l'action comme mobilière en totalité, par la considération que l'emplacement et les édifices d'une manufacture n'étaient que des accessoires de la manufacture même, qui est un objet mobilier (2).

C'est aussi ce que décide l'art. 529, en disant que les actions ou intérêts des compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, sont mobilières, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent à ces compagnies; mais il met à cette décision une modification qui n'est qu'une conséquence du principe sur lequel cette décision est fondée : c'est que les actions ne sont réputées mobilières en totalité que pendant la durée de la société. En effet, lorsque l'association est dissoute, les immeubles qui en dépendaient n'en peuvent plus être l'accessoire; il ne reste plus qu'à partager ce qui lui appartenait, et dans le partage les choses à partager conservent ou reprennent leurs qualités naturelles de meubles ou d'immeubles.

Si donc l'associé d'une compagnie d'où dépendent des immeubles se marie pendant la durée de la société, ses actions ou intérêts entrent en communauté pour la totalité, nonobstant les immeubles dépendants de l'entreprise.

Si au contraire l'ex-associé ne se mariait qu'après la dissolution, quoique avant le partage des effets qui lui appartenaient, sa portion dans les immeubles qui en dépendaient n'entrerait point dans la communauté.

Mais si, comme il peut arriver, la part d'un associé, dans les immeubles dépendants de la société, était, comme accessoire de son action, entrée, par son mariage, dans la communauté conjugale, et que la société vînt à se dissoudre pendant la durée du mariage, ces immeubles, n'étant plus l'accessoire de la société dissoute, reprennent ou conservent, comme nous l'avons dit, leur qualité naturelle d'immeubles. Ainsi, tout ce qui reviendra au mari dans le partage des effets mobiliers de la société dissoute entrera dans la communauté; mais sa part dans les immeubles, qui ont repris leur qualité naturelle par la dissolution de la société dont ils dépendaient, ne pourra entrer en communauté, parce que ce sont des immeubles qui lui étaient acquis avant le mariage. S'ils étaient vendus ou licités, le mari aurait récompense de sa portion dans le prix de la vente, si elle avait été versée sans emploi dans la communauté.

Au contraire, si, durant le mariage, le mari vendait son action dans la compagnie encore existante, le prix en entier entrerait dans la communauté (3).

98. Remarquez au reste que la disposition de

(1) *Voy.* le *Répertoire* de Merlin (édit. Tarlier), vº *Compagnie financière*.

(2) *Voy.* les *Questions de droit* de Merlin, vis *Action*, *Actionnaire* (édit. Tarlier).

(3) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 122; Dalloz, vº *Communauté*, nº 31.

l'art. 529, qui statue que les immeubles dépendants de l'entreprise n'empêchent point les actions ou intérêts des associés d'être mobiliers pour la totalité, ne s'applique qu'aux immeubles qui sont réellement des dépendances de l'entreprise, comme le porte énergiquement le texte : *des immeubles dépendants de l'entreprise;* tels sont l'emplacement d'une manufacture, les édifices et magasins qui servent à son exploitation.

Mais nous avons vu, par exemple, les intéressés à l'exploitation des mines du Pont-Péan, près Rennes, posséder une seigneurie avec plusieurs métairies fort belles, qu'ils avaient achetées sans nécessité pour leur exploitation, et qu'ils ont revendues depuis l'abandon de l'entreprise. On ne saurait croire que ces métairies fussent des immeubles dépendants de l'entreprise, et réputés meubles comme accessoires. La nature des choses et le texte de notre article y répugnent. Les actions des associés, pendant la durée de l'association, n'étaient donc mobilières qu'en partie. On ne pouvait réputer immeubles accessoires que ceux qui étaient réellement des dépendances de l'entreprise, les emplacements et édifices des laveries, fonderies, magasins, etc. On peut y ajouter les édifices destinés à loger le directeur et autres personnes attachées et nécessaires à l'exploitation (1).

99. Si les profits d'une entreprise étaient attachés à des fonds immeubles déjà existants par eux-mêmes, ces fonds ne changeraient point de nature, les profits seuls seraient mobiliers. Par exemple, le privilége perpétuel accordé autrefois aux propriétaires du marché aux veaux à Paris, fut, comme nous l'apprend l'avocat général Séguier (2), jugé immobilier, parce que le fonds du marché était un immeuble.

De même, si les profits et les bénéfices d'une entreprise n'avaient originairement pour objet que des immeubles, par exemple, une association formée pour acquérir des terres nouvelles dans la république de Colombie, les défricher et les mettre en valeur, il nous semble que les actions seraient immobilières, en conséquence des principes établis par les art. 526 et 529, parce que l'association n'aurait pour objet que de se procurer la propriété de ces terres, dont les produits ne sont que les accessoires. Ces produits, déduction faite des frais, entreraient seuls dans la communauté de l'associé qui se marierait pendant la durée de l'association.

100. Au contraire, dans le cas de concession faite à une compagnie pour le desséchement d'un marais, les actions et intérêts n'en sont pas moins mobiliers, quoique les terrains desséchés soient immeubles, parce que les bénéfices que se proposent les entrepreneurs consistent, originairement, dans l'indemnité qui leur est due en argent par les propriétaires des marais desséchés. Il est vrai que, suivant l'art. 21 de la loi du 16 septembre 1807, ces propriétaires ont la faculté de se libérer de cette indemnité, en abandonnant une portion des marais desséchés; mais il n'en est pas moins vrai que l'objet direct et primitif de l'indemnité est une somme d'argent. Le délaissement d'une partie des terres n'est que *in facultate solutionis* (3).

101. Nous avons déjà dit que la disposition de l'art. 529 ne parle que des *compagnies* de commerce, etc. Il ne faut donc pas l'appliquer aux simples sociétés, qui n'ont point le caractère de *compagnies*. Par exemple, trois ou quatre personnes s'associent pour faire le commerce de grains, de vins, etc.; elles achètent en commun des greniers, des caves ou celliers pour loger leurs grains, leurs vins, etc.

Si l'une d'elles se marie pendant la durée de la société, nous ne saurions croire que sa portion indivise dans les greniers, caves ou celliers, entrât dans la communauté, comme des meubles dépendants de la société.

102. Lorsqu'une créance a pour objet des choses meubles, ou des choses immeubles dues sous une alternative, la nature de cette créance est en suspens jusqu'au payement. Si le débiteur donne l'immeuble, la créance sera réputée avoir été dès le principe immobilière, et sera exclue de la communauté; s'il donne les meubles, elle sera réputée avoir été mobilière, et entrera en communauté (4).

Si le choix de l'alternative était déféré au créancier qui se marie avant d'avoir choisi, ce n'en sera pas moins le choix qu'il fera depuis son mariage qui déterminera la nature mobilière ou immobilière de l'action. Il demeurera donc le maître de faire entrer dans la communauté l'objet de sa créance en choisissant les meubles, ou de l'en exclure en choisissant les immeubles; et néanmoins en ce dernier cas, il ne doit aucune récompense à la communauté, parce que, dit Pothier, n° 627, la nature ou la qualité de la créance était en suspens et dépendait du choix. Or, l'immeuble ayant été choisi, la créance est censée avoir toujours été immobilière, et n'avoir jamais appartenu pour aucune partie à la communauté, d'où rien n'a été tiré pour acquérir l'immeuble (5).

---

(1) *Contra*, Demante, dans la *Thémis*, t. 8, p. 180; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 125; Dalloz, *ubi supra*.

(2) Dans ses conclusions lors de l'arrêt du 27 août 1781. Voy. *Questions de droit* de Merlin, v^{is} *Action, Actionnaire* (édit. Tarlier).

(3) Battur, n° 170; Dalloz, n° 35; loi du 16 décembre 1807, art. 21.

(4) *Voy.* Pothier, *Traité de la communauté*, n° 54. *Voy.* aussi ce que nous avons dit sur les *Obligations alternatives*, t. 3 (VI, éd. fr.), n° 699.

(5) *Voy.* Dalloz, n° 58; Duranton, *ubi supra*, n° 116.

103. Si, au lieu de deux choses dues sous une alternative, le titre de la créance laissait au débiteur la faculté de payer une chose au lieu d'une autre de nature différente, c'est la nature de la chose due qui détermine la qualité de la créance, et non la nature de la chose qui a été payée dans la place de la première.

Un testateur me lègue telle maison, avec faculté néanmoins à son héritier de me donner au lieu de la maison une somme de 20,000 fr. Ce n'est point là une obligation alternative. La maison est la seule chose qui me soit due, la seule que je puisse demander. La somme de 20,000 fr., qu'on peut me payer en la place de la maison, ne m'est point due, puisque je ne puis la demander. Elle n'est pas *in obligatione*, elle est seulement *in facultate solutionis*.

Ainsi, le legs, étant pour moi la créance d'une maison immeuble de sa nature, est immobilier et n'entre point en communauté. Si, m'étant marié depuis le legs échu, le débiteur me donne pour s'acquitter la somme de 20,000 francs, j'en aurai récompense sur les biens de la communauté, comme l'ayant reçue en payement d'une créance propre de communauté.

Et, *vice versa*, s'il m'a été donné une maison que l'héritier avait la faculté de me payer au lieu d'une somme de 20,000 fr. qui m'était léguée, la maison sera un acquêt de communauté comme donnée au lieu d'une somme qui devait y entrer (1).

Cette décision dérive, comme on voit, du principe qu'on ne considère, pour déterminer la nature des créances et des actions qui en naissent, que la chose qui en est l'objet (2), et non quelle en est la cause.

104. Ainsi, comme l'action d'un des conjoints, pour demander le prix d'un immeuble qu'il a vendu avant le mariage, n'a pas d'autre objet qu'une somme d'argent, elle est incontestablement mobilière, quoique quelques auteurs aient autrefois pensé le contraire (3).

Il en est de même d'un retour de lot ou soulte de partage due à l'un des conjoints, en vertu d'un partage fait avec ses cohéritiers avant son mariage.

L'action d'un marchand pour se faire livrer des arbres de futaie encore sur pied, que je lui ai vendus, est mobilière; car, quoique les arbres fussent immeubles au moment de la vente, puisqu'ils n'étaient pas séparés du fonds, son action ne tend à les lui faire acquérir que lorsqu'ils seront devenus meubles par leur séparation du fonds. L'action n'a donc réellement que des meubles pour objet. Elle est essentiellement mobilière, et comme telle elle entre en communauté. (Pothier, n° 51 (4).)

105. Le droit du fermier sur l'héritage qu'il a pris à ferme, avant son mariage, est mobilier et entre en communauté; en sorte que la femme survivante, ou ses héritiers, si elle prédécède, peuvent, en acceptant la communauté, contraindre le propriétaire à les laisser jouir jusqu'à l'expiration du bail, comme aussi il peut les contraindre à continuer la jouissance.

Plusieurs auteurs anciens, dont Ferrière, sur l'art. 221 de la coutume de Paris, *glos. unic.*, n°s 15 et 17, partage l'opinion, pensaient que la veuve ne peut ni continuer le bail contre la volonté du propriétaire, ni être par lui contrainte à le continuer, parce que le bail, consistant dans une exploitation qui peut durer plusieurs années après la dissolution du mariage, ne produit qu'un droit successif de percevoir les fruits de chaque année, à mesure qu'ils viendront en état de maturité. Or les fruits à venir sont, disent-ils, immeubles comme le fonds. Ainsi, le droit et l'obligation que produit le bail sont immobiliers, et n'entrent point en communauté.

Pour se convaincre de l'erreur où ces auteurs sont tombés, il suffit d'appliquer à l'espèce le principe consacré par l'art. 529. Quel est l'objet du droit du fermier contre le propriétaire? De se faire délaisser la jouissance paisible des fruits de l'héritage, *uti, frui licere*. Or ces fruits ne sont-ils pas des meubles? Quel est le droit du propriétaire contre le fermier? De se faire payer les fermages, et de le contraindre à jouir en bon père de famille, sous peine de dommages et intérêts. Or, ne sont-ce pas là des objets purement mobiliers? Les droits et les obligations du fermier sont donc des objets mobiliers qui entrent en communauté, comme l'ont décidé Lebrun, liv. 2, sections 3 et 33, et Pothier, n° 71.

Les fruits à venir sont immeubles, dit-on; il faudrait dire plutôt qu'ils n'existent pas. Mais le droit à des meubles futurs, même éventuel, en est-il moins un droit mobilier? On dit encore qu'ils ne sont pas séparés de la terre: donc ils sont immeubles. Fausse conséquence, puisque le fermier ne les acquerra qu'en les détachant de la terre, et nous avons vu, dans le numéro précédent, que le droit d'un marchand de se faire livrer des arbres achetés sur pied est mobilier, quoiqu'ils fussent immeubles au moment de la vente, parce qu'ils seront meubles et détachés de la terre lorsqu'il les enlèvera (5).

---

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 75, et ce que nous avons dit t. 3 (V, éd. fr.), n° 700.

(2) Et le principe n'est lui-même que la conséquence de la règle: *Qui actionem habet, rem ipsam habere videtur*. (L. 15, ff. *de reg. jur.*), Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr., n° 115.

(3) Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 1, chap. 5, n° 16.

(4) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 112; Dalloz, *eod. verbo*, n° 20. *Contra*, Ferrière, sur la coutume de Paris.

(5) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 126; Dalloz, *ubi supra*, n° 28.

106. Le droit que donne au fermier le bail antérieur au mariage étant un objet mobilier qui entre en communauté, il s'ensuit que la veuve acceptante a le droit d'en partager les profits et de faire, en conséquence, diviser la jouissance des terres entre elle et les héritiers de son mari, lorsque la division est possible. C'est un inconvénient que le propriétaire ne peut empêcher, quand la division n'emporte pas de dégradation. La veuve et les héritiers du mari ne sont point obligés solidairement au payement des fermages. C'est un motif de plus pour éveiller la prévoyance du propriétaire.

107. Si c'est la femme qui était fermière avant le mariage, il en résulte que si elle ou ses héritiers renoncent à la communauté, le bail reste en entier au compte du mari ou de ses héritiers. Mais, dans ce dernier cas, la femme ou ses héritiers ne sont point dégagés de leurs obligations envers le propriétaire avec lequel elle avait contracté, sauf recours contre le mari ou ses héritiers. Il peut naître de tout cela beaucoup d'embarras et de difficultés, que la prudence conseille de prévenir par des clauses insérées dans le bail en faveur du propriétaire, ou dans le contrat de mariage du fermier, en faveur des conjoints ou de leurs héritiers (1).

108. Les rentes perpétuelles sont encore des meubles incorporels à raison de leur objet. Elles entrent dans la communauté, tant pour le capital que pour les arrérages. Le capital d'une rente est la somme donnée par le créancier pour prix de la constitution de la rente ; somme que le débiteur peut toujours rendre, afin d'éteindre la rente par le rachat; mais que le créancier ne peut jamais répéter sans un motif légal, parce qu'il l'a aliénée. C'est sans doute par cette raison que la coutume de Paris, art. 94, qui était sur ce point le droit commun de la France, avait statué que les rentes constituées à prix d'argent étaient réputées immeubles ; car le créancier ne pouvant exiger le capital, on en concluait que ce capital n'était plus un objet mobilier, et que la rente n'étant point en soi la créance d'une somme d'argent exigible, elle était un immeuble.

Ce sophisme n'avait pourtant pas égaré les rédacteurs de toutes les coutumes. Quelques-unes déclaraient meubles les rentes constituées à prix d'argent. Mais les rédacteurs du projet de Code discuté au conseil d'État étaient, pour la plupart, des jurisconsultes parisiens. L'art. 11 de leur projet portait donc que « les immeubles » que les époux possèdent n'entrent point en » communauté. Il en est de même des capitaux » des rentes. » -

On dit dans la discussion que l'origine des rentes est facilement connue. Le consul Cambacérès proposa d'exclure également de la communauté légale les capitaux d'obligations portées dans des actes authentiques, mais Tronchet proposa, au contraire, de confondre dans la communauté légale, et les capitaux de rentes, et les capitaux d'obligations authentiques. Sa proposition fut adoptée (2). On retrancha, de l'article qui exclut les immeubles de la communauté, la disposition finale, qui portait : « Il en est de même des capitaux des rentes, » et les art. 529 et 530, qui furent discutés depuis, portent que les rentes, soit sur l'État (3), soit sur des particuliers, sont meubles, sans exception de celles qui sont établies à perpétuité pour le prix de vente d'un immeuble, ou même comme condition de la cession, à titre onéreux ou gratuit, d'un fonds immobilier.

Ces dernières étaient autrefois considérées comme un droit réel, comme une délibation de l'héritage. On ne pouvait, par cette raison, les racheter. Mais l'article 530 du Code les déclare essentiellement rachetables, comme les autres rentes créées à prix d'argent. L'héritage sur lequel elles sont assises n'est plus affecté à leur service qu'à titre d'hypothèque. Toutes les rentes entrent donc dans la communauté conjugale, si elles n'en sont pas exclues par les conventions matrimoniales.

109. En est-il de même des rentes viagères? Avant de répondre à cette question, il faut en examiner une plus générale, celle de savoir si les créances mobilières conditionnelles, c'est-à-dire celles dont l'existence est suspendue par une condition, mais dont l'espérance est acquise à l'un des conjoints avant le mariage, entrent dans l'actif de la communauté conjugale, lorsque l'événement de la condition n'arrive que depuis la dissolution du mariage.

Le propre de la condition est de suspendre l'existence de l'obligation: *differtur obligatio.* Elle n'est point encore née; il y a seulement espérance qu'elle naîtra : *spes est tantum debitum iri.* C'est un principe élémentaire puisé dans la raison écrite, et consacré par l'art. 1168 du Code civil. Le créancier conditionnel ne possède donc rien avant l'événement de la condition, si ce n'est l'espérance. Cependant, quelque incertaine que soit cette espérance, quoiqu'elle n'ait rien de réel, la loi veut qu'elle passe à ses héritiers : *Ipsam spem in hæredem*

---

(1) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 125, 126, 127; Battur, no 163.

(2) Voy. *Procès-verbal des conférences*, séance du 13 vendémiaire an XII.

(3) Par une exception à la règle générale, les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France peuvent être immobilisées, pour les faire admettre dans la formation d'un majorat. Cette immobilisation se fait dans la forme réglée par le décret du 16 janvier 1808, art. 7, par celui du 1er mars suivant, art. 2. Ainsi, les rentes qui forment un majorat n'entrent point en communauté.

transmittimus, si priusquam conditio extet mors nobis contigerit. (§ 4, Instit., *de verb. oblig.*, 3, 16.) *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, hæres ejus agere potest; idem est ex promissoris parte.* (§ 25, Instit., *de inut. stip.*, 3, 20.)

Ainsi, l'espoir que donnent la créance ou la dette, dont l'existence est suspendue par une condition, n'en passe pas moins à l'héritier du créancier ou du débiteur conditionnel, quoique l'événement qui leur donne naissance n'arrive qu'après la mort de celui qui avait stipulé ou promis. Pourquoi cela? Parce qu'on peut stipuler et promettre pour ses héritiers, et qu'on est toujours présumé le faire : *Plerumque tam hæredibus nostris quam nobismetipsis cavemus.* (L. 9, ff. *de probat.*, 22, 3.) Cette présomption est même si forte, que l'article 1122 du Code ne permet pas de la rejeter, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention.

Or, loin que cette présomption existe en faveur de l'époux survivant, pour lui conférer un droit à la créance conditionnelle de l'époux prédécédé, elle s'élève fortement contre lui, et devient un motif, en apparence invincible, pour lui refuser tout droit à cette créance (1).

Supposons que Rothschild ait promis à Caïa, par un contrat en bonne forme, de lui donner une somme de 50,000 francs, si l'indépendance de l'Amérique méridionale est reconnue avant dix-huit mois par l'Angleterre. Caïa se marie ensuite, sous le régime de la communauté, sans rien stipuler relativement à sa créance éventuelle de 50,000 francs. Elle meurt au bout de dix mois, en donnant le jour à un fils qui lui survit. Le conseil de famille, trouvant la communauté obérée de plus de 100,000 fr. de dettes, prend une délibération en vertu de laquelle le subrogé tuteur fait, en suivant les formalités prescrites, la renonciation à la communauté. Avant les dix-huit mois, terme fixé par le contrat passé avec Rothschild, l'indépendance de l'Amérique est reconnue : la somme de 50,000 francs devient donc exigible; nul doute sur ce point.

Le père, veuf de Caïa, prétend que cette somme lui appartient en entier, parce que le droit éventuel que donnait à son épouse le contrat qu'elle avait fait avec Rothschild, n'ayant pour objet qu'une somme mobilière, est entré dans la communauté, à laquelle son fils ne peut avoir aucun droit depuis sa renonciation. Les nombreux créanciers du père interviennent et saisissent la somme entre les mains de Rothschild.

On leur répond qu'un droit qui n'a existé ni avant, ni pendant le mariage, et que la femme n'a jamais possédé, n'a pu de son chef entrer dans la communauté légale; qu'elle avait, il est vrai, l'espérance d'acquérir ce droit par l'événement de la condition; mais que cette espérance fugitive, attachée à sa personne par sa nature, se serait évanouie à sa mort, comme une ombre, faute de l'avoir rattachée à la personne de ses héritiers, en faveur desquels il lui était permis de stipuler, si la sagesse prévoyante de la loi n'y avait pas suppléé, par la présomption, si naturelle et si morale, que chacun est censé stipuler pour soi et pour ses héritiers : *Plerumque tam hæredibus nostris quam nobismetipsis cavemus.* Présomption de laquelle l'art. 1122 défend aux juges de s'écarter, si le contraire n'est pas exprimé dans la convention.

Supposons qu'il fût dit expressément, dans le contrat passé avec Rothschild, qu'en cas que l'Amérique fût déclarée indépendante dans dix-huit mois, il s'oblige de donner 50,000 francs à Caïa, ou, si elle meurt avant ce délai, à ses héritiers légitimes. Cette stipulation n'est pas autre chose que la conséquence écrite de la présomption légale établie par l'article 1122. Croit-on que, malgré cette stipulation expresse en faveur de l'héritier légitime, le père recueillît de préférence à son fils la somme de 50,000 francs, sous le prétexte qu'elle est entrée dans une communauté que l'article 1401 ne compose que du *mobilier que les époux possédaient au jour du mariage, ensemble, de tout le mobilier qui leur échet pendant le mariage?* Caïa n'a point possédé les 50,000 francs; ils ne lui sont point *échus* pendant le mariage; jamais elle n'a eu le droit de les exiger. Enfin, ne serait-il pas évidemment injuste d'enlever cette somme au fils, à qui la présomption de la loi et la volonté de Caïa, exprimée dans le contrat, la destinaient éventuellement, pour la donner au père, en faveur de qui Caïa n'aurait pu valablement stipuler, quand elle contracta avec Rothschild?

Ces raisons sont très-fortes et semblent décisives en faveur du fils. Cependant on peut dire que si Caïa n'a jamais possédé la somme de 50,000 francs, elle avait l'espérance de la posséder par l'accomplissement de la condition; que cette espérance, garantie par un contrat en forme, ne pouvait, à la différence d'une simple expectative, comme celle que donne la loi à un héritier présomptif, lui être enlevée sans son consentement; que par cela même elle était dans le commerce; que Caïa pouvait la vendre; qu'on pouvait l'acheter, *quia spei emptio est*, dit Ulpien (2); que cette espérance était donc quelque chose de réel aux yeux de la loi. C'était un

---

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 109; Dalloz, nº 25; Pothier, nº 158.

(2) L. 8, § 1, ff. *de contrah. empt.*, 18, 1. *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur : veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est.*

bien que son fils eût trouvé dans sa succession, si elle n'en avait pas disposé ; un bien meuble, puisqu'il n'avait d'autre objet qu'une somme mobilière ; mais qu'au lieu de vendre cette espérance, comme elle le pouvait faire, Caïa en se mariant sous le régime de la communauté, sans en exclure cette même espérance, comme la loi l'y autorisait, l'a laissée entrer dans l'actif de sa communauté, où est tombée par conséquent la somme de 50,000 francs qui en était l'objet ; et que le fils de Caïa, ayant légalement renoncé à la communauté, n'y peut plus rien prétendre. Tel est, ce nous semble, le *summum jus*.

110. Revenons maintenant aux rentes viagères, qui sont aussi des contrats aléatoires, et voyons si et comment elles entrent en communauté (1). Rappelons d'abord la nature de ces rentes, si bien développée par Pothier, dans son *Traité de la rente viagère*, n° 259.

« La nature des rentes perpétuelles, dit-il, et celle des rentes viagères, n'est point la même ; la rente perpétuelle est une espèce de créance d'une somme qui en est le capital, et cette somme produit des arrérages qui se cumulent tous les jours.

» On ne peut pas dire la même chose des rentes viagères ; ces rentes n'ont pas de capital. La somme qui a été payée pour le prix de la constitution de la rente viagère (s'il en a été payé une) est entièrement perdue pour le créancier de la rente ; il n'en demeure en aucune manière créancier, et elle ne doit jamais lui rentrer (2).

» La rente viagère, ajoute l'auteur, n'est autre chose que la créance des arrérages qui en doivent courir *pendant le temps de sa durée* ; ces arrérages sont *tout le principal, tout le fonds et l'être entier de la rente viagère. Elle s'acquitte et s'éteint par parties, à mesure que le créancier les reçoit*. Le payement de ce qui en restait dû et couru jusqu'à la mort de la personne sur la tête de laquelle elle était constituée achève de l'éteindre entièrement.

» Cette créance paraît donc ne pouvoir être considérée autrement que comme *la créance des sommes d'argent qui seront dues* pendant le temps qu'elle aura cours.

» Cette créance a seulement ceci de particulier, *qu'elle ne naît pas et n'est pas acquise* au créancier *tout à la fois*, mais *par parties* et par *chaque jour du temps de la vie*, qui est la mesure de sa durée. »

Cette doctrine de Pothier est formellement consacrée par l'art. 1980 du Code, qui porte : « La rente viagère n'est acquise au propriétaire que *dans la proportion* du nombre de jours qu'il a vécu. »

Donc, avant l'échéance de chaque jour, le droit aux arrérages futurs *n'est pas acquis* au propriétaire ; il n'a que l'espérance de l'acquérir. Prenons donc pour constant que la rente viagère ne consiste que dans des créances successives, qui ne sont *acquises* au créancier que *sous la condition de sa vie*, et que chaque jour de sa vie n'est point un terme, mais une condition (3).

Car, remarquez qu'il peut y avoir, qu'il y a même ordinairement *terme* et *condition* relativement aux arrérages, qui sont, comme dit fort bien Pothier, *tout le principal, tout le fonds, l'être entier* de la rente viagère. Supposons-la payable le 1er janvier de chaque année ; la moitié de la rente sera *acquise* au créancier le 1er juillet ; mais elle ne sera pas exigible ; le payement en est retardé jusqu'à un terme qui n'est pas échu. L'autre moitié n'est pas encore *acquise* : l'acquisition ou la naissance de cette créance est soumise à la vie du créancier ; jamais cette moitié de la rente n'aura été due, s'il meurt le 1er juillet. S'il continue de vivre, les arrérages continueront de naître chaque jour de sa vie ; mais ils ne seront exigibles qu'à l'échéance du terme.

En un mot, avant l'échéance du *terme*, les arrérages de la rente viagère ne sont pas exigibles ; avant l'échéance ou l'événement de la condition, ils ne sont pas *dus*, ils ne sont pas *acquis* ; la créance n'est pas *née* : il y a seulement espérance qu'elle naîtra : *tantum spes est debitum iri*.

Ces mêmes principes s'appliquent naturellement aux usufruits, qui ne sont autre chose que la jouissance des fruits que peut produire l'objet grevé d'usufruit pendant le temps de sa durée. Ces fruits, comme les arrérages de la rente viagère, s'acquièrent jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit (art. 586), qui est ordinairement celle de sa vie. Ainsi, l'acquisition de ces fruits est soumise à la condition de sa vie. Si la chose grevée d'usufruit est un immeuble, il est également immeuble par l'objet auquel il s'applique. (Art. 517.) On ne peut donc plus demander s'il entre en communauté lorsqu'il appartient à l'un des conjoints avant le mariage. Mais l'usufruit des meubles et le quasi-usufruit d'une

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 125 ; Battur, t. 1, p. 166 ; et Zachariæ, § 507, les y font entrer, contrairement à l'opinion de notre auteur.

(2) C'est par cette raison que, suivant l'art. 1978 du Code :

« Le seul défaut de payement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle a été constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné. Il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. »

(3) *Contra*, *Thémis*, t. 8, p. 178 ; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 125 ; Dalloz, v° *Communauté*, n° 41.

somme d'argent sont une chose mobilière, et, en cette qualité, ne sont pas susceptibles d'hypothèque. (Art. 2118.)

On peut donc demander si les rentes viagères et les usufruits mobiliers appartenant à l'un des époux avant le mariage entrent dans la communauté, non-seulement pour les arrérages échus pendant la durée du mariage, mais encore pour les arrérages qui continueront de courir depuis sa dissolution; en sorte que la femme survivante qui renonce à la communauté n'ait plus aucun droit à la rente viagère ni à l'usufruit mobilier, qui lui appartenaient avant son mariage, quoique leur durée reste attachée au temps de sa vie, et que si elle accepte, elle n'y ait plus droit à l'avenir que pour une moitié seulement, l'autre moitié appartenant au mari ou à ses héritiers.

L'ancienne jurisprudence n'y faisait entrer que les arrérages et fruits échus pendant le cours du mariage; encore s'était-il élevé des doutes sur ce point, surtout relativement aux rentes viagères. Ce doute provenait de ce que la rente viagère participe de la nature des fonds perdus, et que les fruits de cette espèce de biens consument d'autant le droit du possesseur actuel, au fur et à mesure de leur perception.

On prétendait donc que l'usufruit d'une rente viagère ne devait consister que dans la jouissance des arrérages, avec l'obligation d'en rendre les capitaux, conformément à la nature d'un quasi-usufruit (1). Mais cette opinion, qui conserva longtemps des partisans, fut enfin rejetée. Elle l'est expressément aujourd'hui par l'article 588 du Code, qui porte : « L'usufruit » d'une rente viagère donne à l'usufruitier, » pendant la durée de son usufruit, le droit » d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à » aucune restitution. »

Et comme le droit de la communauté a de l'analogie avec le droit d'usufruit, il faut en conclure que la communauté a le droit de percevoir, pendant sa durée, les arrérages de la rente viagère appartenant à l'un des époux avant le mariage, sans être tenue à aucune restitution. C'est aussi ce qui résulte de l'article 1401. Il y a même une raison de plus pour le décider ainsi en faveur de la communauté : c'est que les fruits échus pendant sa durée sont destinés à soutenir les frais du ménage (2).

Aussi, comme l'attestent les auteurs, la jurisprudence était depuis longtemps fixée sur ce point. Le *Nouveau Denisart*, collection exacte, dans laquelle les rédacteurs du Code ont souvent puisé, dit, v° *Communauté de biens*, § 6, n° 25 : « Il faut en dire autant des rentes viagères (que des autres fonds perdus), soit qu'on considère ces rentes *comme meubles, soit qu'on les considère comme immeubles*. La question s'est présentée entre la comtesse de la Motte-Houdancourt et son fils, et, par arrêt rendu sur les conclusions de l'avocat général Gilbert des Voisins, plaidants MM. Cochin et Aubry, le 4 août 1729, la cour a jugé que les arrérages de rentes viagères appartenant au conjoint avant le mariage sont de simples fruits qui ne donnent pas ouverture à l'action de remploi.

» La comtesse de la Motte-Houdancourt voulait comprendre dans ses reprises une pension viagère, qui lui avait été promise par M. l'évêque du Mans. Les arrérages formaient, suivant son calcul, un objet de 75,000 fr. Cet objet a été exclu des reprises par arrêt. »

Puisque les héritiers du mari étaient réduits à se défendre du rapport des arrérages perçus pendant la durée de la communauté, on voit combien ils étaient éloignés d'avoir des prétentions aux arrérages échus ou à échoir depuis la dissolution. On ne doutait pas qu'ils n'appartinssent à la femme, à la personne de laquelle la rente était indissolublement attachée.

Aussi croyons-nous que les auteurs qui ont examiné la question de savoir si les arrérages des rentes viagères, antérieures au mariage, tombent dans la communauté, ne parlent que de ceux qui sont échus pendant le mariage, et non de ceux qui écherront ou qui sont échus depuis, parce qu'ils ne doutaient pas que ces derniers arrérages n'y pouvaient tomber.

Voici comment s'exprime Bourjon (3) à ce sujet : « Les arrérages de telles rentes antérieures au mariage tombent irrévocablement dans la communauté. Il en est de même des arrérages d'un *douaire* appartenant à une veuve qui convole. Ni les uns ni les autres ne donnent lieu à reprise ou indemnité, en faveur de celui des conjoints du chef duquel tels arrérages sont tombés en communauté, etc. »

On peut donc regarder comme certain que l'on pensait généralement que les rentes viagères des conjoints, antérieures au mariage, n'entraient en communauté, sous l'ancienne jurisprudence, que pour les arrérages échus pendant qu'elle a duré, et non pour les arrérages qui continuent de courir depuis sa dissolution, parce que c'est un droit personnel au conjoint qui possédait la rente avant le mariage.

Quant aux usufruits que l'un des époux possédait avant le mariage, par exemple le douaire.

(1) *Voy.* sur ce point, une dissertation de Sérieux, imprimée à la suite du *Traité de la communauté* de Renusson, et le *Répertoire*, v° *Usufruit*.

(2) *Contra*, Dalloz, *ubi supra*, n° 30; Duranton, t. 8 XIV, éd. fr.), n° 123.

(3) *Droit commun de la France*, t. 1, p. 545, édition de 1770, n° 35. *Voy.* aussi Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 1, chap. 5, n° 15.

même préfix, dû à la femme qui convole, par les héritiers de son premier mari, les arrérages échus pendant le cours de son second mariage entraient dans la communauté; mais ceux qui continuaient de courir après la dissolution de ce second mariage appartenaient à la femme seule, et lui étaient tellement propres et personnels, que si ce douaire avait été amorti et remboursé pendant le mariage, il lui en était dû récompense par la communauté, qui était obligée de lui continuer le payement de douaire jusqu'à sa mort (1). Tant il est vrai que, sous l'ancienne jurisprudence, les arrérages de rentes viagères, et des autres viages possédés par l'un des conjoints avant le mariage, qui continuaient de courir, par sa survie, depuis la dissolution du mariage, continuaient de lui appartenir privativement, parce qu'ils n'étaient point entrés dans la communauté.

Le Code n'a rien changé, à cet égard, aux principes de l'ancienne jurisprudence, qui sont fondés sur la justice et la raison. L'on n'y trouve aucune disposition d'où l'on puisse tirer cette conséquence directement, ni même par induction. Il est vrai que l'espérance qui résulte d'un crédit conditionnel, dont l'objet est mobilier : Je vous donnerai 50,000 francs si l'indépendance de l'Amérique est reconnue par l'Angleterre, entre en communauté *summo jure*, comme nous l'avons vu *supra*, n° 109. Mais pourquoi cela ? C'est que cette espérance passe, suivant la loi, aux héritiers du créancier conditionnel : *Ipsam spem in hæredem transmittimus*, parce qu'on est toujours présumé stipuler ou promettre pour ses héritiers comme pour soi-même; présomption dont l'art. 1122 du Code défend de s'écarter, *à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention*.

Ainsi cette espérance, que le créancier conditionnel était censé avoir stipulée, et celle même qu'il aurait expressément stipulée en faveur de ses héritiers, il pouvait la leur enlever par une disposition postérieure, comme il pouvait les priver de ses autres biens par des dispositions entre-vifs, ou à cause de mort. Il le pouvait donc en se mariant, même sans contrat, parce qu'alors la loi fait entrer de plein droit, dans la communauté légale, fondée sur la convention tacite et présumée des futurs conjoints, tout le mobilier qu'ils possédaient au moment de la célébration du mariage, en argent, crédits, meubles meublants, et autres de quelque espèce que ce soit, et, par conséquent, les créances conditionnelles, ou l'espérance de ces créances, lorsqu'elles n'ont pour objet que des sommes d'argent ou des meubles.

(1) *Voy.* les *Principes du droit* de Duparc-Poullain, t. 5, p. 187 et 188, et le même auteur, sur l'art. 438, t. 3, p. 134, note X.

Le créancier conditionnel, en se mariant, est donc censé avoir tacitement voulu que la somme dont l'espérance lui est assurée sous condition, un billet de loterie, par exemple, entrât dans la communauté; et par conséquent le mari devient, par l'accomplissement de la condition, maître de la somme, comme des autres effets de la communauté.

Il en est autrement des rentes viagères appartenant à l'un des conjoints avant le mariage. Il est présumé sans doute avoir voulu, en se mariant, que les arrérages de ces rentes entrassent dans la communauté au fur et à mesure qu'ils écherront, afin d'y servir aux dépenses du ménage et aux siennes propres, comme ils y servaient auparavant; mais on ne saurait présumer qu'il a voulu y faire entrer également, à son préjudice, les arrerages postérieurs à la dissolution du mariage, et qui continueront de courir depuis cette époque jusqu'à sa mort; en sorte que les héritiers du prédécédé, du mari, par exemple, auraient seuls le droit de les percevoir exclusivement à la femme survivante pendant qu'elle vivrait, si elle renonce à la communauté, ou de les partager avec elle pendant sa vie, si elle l'accepte. Sa volonté, au moins tacite, et la nature du contrat, s'élèvent contre une présomption si déraisonnable.

Car, ou la femme avait elle-même constitué la rente avant son mariage, ou un tiers l'avait constituée pour la lui donner par un acte entre-vifs, ou à cause de mort.

Au premier cas, en constituant cette rente pour la durée de sa vie seulement, il est bien évident qu'elle n'a pas voulu qu'elle fût transmissible à ses héritiers, pas même à ses enfants, et qu'elle a voulu, au contraire, se la rendre propre et l'attacher à sa personne, soit pour augmenter ses revenus, qu'elle jugeait insuffisants pour ses besoins, soit pour augmenter son aisance, et vivre avec plus de luxe, *ut lautius viveret*. Elle a donc voulu expressément se rendre cette rente propre, et l'attacher à sa personne, de manière à ce qu'elle n'en pût être détachée sans un acte exprès et formel de sa volonté. Il est donc impossible de présumer qu'elle ait eu la volonté de faire entrer dans une communauté dont le mari peut disposer à son gré, sans le concours de sa femme, les arrérages de la rente viagère qui courent après la dissolution du mariage, si elle survit, et s'exposer par cette imprudence à se voir, dans sa vieillesse, dépouillée d'un revenu qu'elle avait destiné à s'assurer les moyens de vivre, et de se procurer les douceurs qu'exige cet âge avancé; car, le mari étant le maître absolu des biens qui composent la communauté, il peut les vendre et les aliéner sans le concours de sa femme; et si les arrérages qui courent après la dissolution du mariage sont entrés en communauté, il aura le pouvoir de les aliéner et d'éteindre par un rachat à vil prix une rente que la loi déclare

non rachetable : en sorte que le mari venant à mourir insolvable, la femme, forcée de renoncer à la communauté, se trouvera dépouillée de cette rente, qui était sa seule ressource, et si la rente n'a pas été aliénée, la femme, manquant de tout, aura la douleur de voir les créanciers de son mari jouir de cette rente, qu'elle n'avait créée que pour se mettre à l'abri de l'indigence. Tel serait l'effet nécessaire de la disposition qui ferait entrer en communauté les arrérages de la rente viagère, qui continuent de courir après la dissolution du mariage. La loi ne peut autoriser une injustice aussi révoltante, et c'est sûrement la raison qui porta l'ancienne jurisprudence à ne faire entrer en communauté que les arrérages de la rente viagère courus pendant le mariage.

Si la rente viagère, au lieu d'être constituée par la femme elle-même, l'a été à son profit par un tiers qui a voulu l'en gratifier par un acte entre-vifs, ou à cause de mort, la volonté du donateur devient un nouveau motif pour exclure de la communauté les arrérages qui courront après le mariage. Les intentions du donateur ne seraient pas remplies, s'il fallait du vivant de la femme payer les arrérages au mari, à ses héritiers ou créanciers. C'est un bienfait personnel qu'il a voulu faire à la femme, en lui donnant une rente viagère ; il a voulu lui assurer les moyens de vivre honorablement, de se procurer non-seulement le nécessaire, mais encore les jouissances dont la privation fait souffrir la nature humaine : *queis humana dolet natura negatis.* Si les expressions de l'acte de donation ou du testament, ou bien les circonstances, donnent à la rente le caractère de pension alimentaire, la loi la déclare insaisissable. (Art. 581 du Code de procédure.) Elle va plus loin : pour garantir le propriétaire de la rente de ses imprudences, elle ne veut pas qu'il puisse compromettre sur ces aliments (art. 1004) : disposition analogue à la loi du sage empereur Marc-Aurèle, qui défendait de transiger sur les aliments sans le concours du préteur, qui devait examiner si la transaction était utile et juste. (L. 8, ff. *de transaction.*, 2, 15.)

La rente viagère, quoique n'ayant pas le caractère d'alimentaire, est aussi attachée par sa nature à la personne de celui au profit de qui elle est créée, comme nous l'avons vu ; mais elle peut en être détachée par un acte exprès de sa volonté, ou par une disposition formelle de la loi.

Par un acte exprès de sa volonté, lorsque jugeant plus avantageux pour lui, dans les circonstances où il se trouve, de se procurer une somme disponible que de continuer la jouissance annuelle des arrérages de sa rente viagère, il la vend à un tiers, pour en jouir pendant sa vie seulement. L'acquéreur n'achète alors que l'espérance des arrérages qui courront pendant la vie du vendeur : *Emptio spei est.*

De là on peut conclure, sans doute, qu'en se mariant, le conjoint propriétaire de la rente peut en faire, par une disposition spéciale, entrer en communauté tous les arrérages qui courent pendant sa vie, même après la dissolution du mariage, et donner par là au mari le droit d'en disposer. Mais il n'en faut pas induire qu'ils entrent de plein droit en communauté sans une stipulation spéciale, parce que l'espérance des arrérages futurs d'une rente viagère n'est pas de sa nature transmissible, comme les créances conditionnelles ordinaires, qui passent aux héritiers, par la raison qu'on est censé stipuler pour soi et pour ses héritiers; présomption détruite, dans le cas de la rente viagère, par la volonté expresse du constituant, qui n'a pas voulu qu'elle fût transmissible aux héritiers, pas même aux enfants de celui à la vie duquel elle est attachée.

Objectera-t-on que l'art. 529 du Code déclare meubles les rentes viagères, et que l'art. 1401 fait entrer en communauté « tout le mobilier que les conjoints possédaient au jour de la célébration du mariage (1) ? »

Nous répondrons que cette disposition ne peut s'appliquer aux meubles qui sont par leur nature *propres* aux conjoints auxquels ils appartiennent, comme étant attachés à leurs personnes, qui, par conséquent, n'en peuvent être détachés sans un acte exprès de leur volonté, ou sans une disposition formelle et spéciale de la loi.

Car une disposition générale ne suffit point pour détacher la rente viagère de la personne de celui à qui elle appartient; attachée à sa personne par l'acte de création, elle n'en peut être détachée que par une disposition spéciale. Le Code nous en donne un exemple. Pour punir celui qui a encouru la mort civile, l'art. 25 le dépouille de la propriété de tous ses biens pour la déférer à ses héritiers. Cependant cette disposition générale n'a point paru suffisante pour le dépouiller de ses rentes viagères, attachées à la durée de sa vie naturelle; il a fallu une disposition spéciale, qui se trouve dans l'article 1982.

Suivant la doctrine de Dumoulin et de Pothier (2), ce n'est point la force de la loi qui fait entrer le mobilier des futurs conjoints en communauté, *non vi ipsius consuetudinis immediate*

(1) Le Code déclare les rentes viagères meubles. Or il fait entrer tous les meubles en communauté, sans distinction : donc, dit-on, nous ne devons pas distinguer quand la loi ne distingue pas. Ce raisonnement conduirait à soutenir que les rentes et pensions alimentaires entrent en communauté ; car elles ne sont pas exceptées.

(2) *Traité de la communauté*, n° 10.

et per se; c'est une convention tacite, par laquelle les parties qui ne s'en sont pas expliquées autrement sont censées en être convenues, suivant le principe du droit : *In contractibus tacite veniunt quæ sunt moris et consuetudinis* (1). Or, cette présomption ou convention tacite est détruite, dans le cas des rentes viagères, par la volonté expresse du constituant, qui les a attachées à la personne au profit de laquelle elles sont constituées. Aussi, sous l'ancienne jurisprudence, on n'avait jamais imaginé que les arrérages d'une rente viagère appartenant, avant le mariage, à une femme qui renonce à la communauté, pussent appartenir, à son préjudice, aux héritiers du mari ou à ses créanciers.

Si, comme nous l'avons prouvé, les arrérages de la rente viagère, appartenant à l'un des conjoints avant le mariage, lui demeurent propres et continuent de lui appartenir après sa dissolution, et s'il ne peut entrer en communauté que les arrérages échus pendant sa durée, il en résulte que le mari ne peut, sans le consentement de la femme, recevoir le rachat d'une rente viagère appartenant à cette dernière, ces sortes de rentes n'étant pas d'ailleurs rachetables de leur nature, si ce n'est du consentement du propriétaire. Le rachat fait au mari seul serait donc nul.

La question s'est présentée à la cour royale de Paris, qui ne la jugea point. Son arrêt fut déterminé par des circonstances étrangères à ce point de droit ; mais on dit que le président de la chambre où l'arrêt fut rendu a assuré que la cour avait regardé comme valable le rachat de la rente viagère reçu par le mari, sans le consentement de la femme (2). Nous pensons, au contraire, qu'un arrêt qui le jugerait tel, devrait être cassé, pour fausse interprétation de la loi.

111. On regardait autrefois, en Bretagne, comme immobilière, l'action en reprise du remploi de la femme, non-seulement pour récompense du prix de ses immeubles aliénés, ce qui était conforme aux principes du temps, puisqu'elle pouvait demander une assiette en fonds de terre, à dire d'experts, et qu'ainsi, son action avait directement un immeuble pour objet, mais encore lorsqu'elle n'avait pour objet que des sommes stipulées propres, sans obligation d'asseoir, et tendait par conséquent *ad mobile consequendum* (3); cette action, étant réputée immobilière, était conséquemment exclue de la communauté formée entre la veuve et son second mari, si le mariage avait lieu avant qu'elle eût exercé son action.

Cette opinion, contraire au principe que les fictions (4) ne s'étendent point d'un cas à l'autre, et qui ne s'était introduite que par ce qu'on appelait alors le sentiment commun, *interpretatione fori*, n'était pas suivie à Paris (5).

Sous l'empire du Code, l'action de la femme, même en récompense ou remploi du prix de ses propres immeubles aliénés pendant le mariage, est purement mobilière, puisqu'elle ne tend qu'à en prélever le prix en deniers sur les effets de la communauté. L'art. 1433 porte que « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux..., et que le prix en ait été versé dans la communauté... il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. »

L'art. 1436 ajoute qu'il n'en peut demander la récompense que sur le prix de la vente. L'action de la femme est donc mobilière de sa nature, puisqu'elle ne tend qu'à obtenir une somme d'argent. Ainsi, elle entre incontestablement dans la seconde communauté, si avant de l'avoir exercée la veuve contracte un second mariage.

Si, du consentement de la femme, les héritiers de son premier mari lui donnaient *in solutum* un immeuble, ce serait un acquêt de la seconde communauté, puisqu'il aurait été donné en payement d'une créance mobilière tombée dans la communauté dès le jour de la célébration du mariage (6).

112. Les offices vénaux faisaient naître, sous l'ancienne législation, des questions dont nous paraissons entièrement débarrassés sous la nouvelle, par la suppression de cette scandaleuse vénalité. Mais on ne peut se dissimuler que la vénalité et la transmissibilité des offices ministériels sont de fait rétablies, par une conséquence naturelle de la loi sur les finances du 28 avril 1816, dont l'art. 91 porte : « Les avocats à la cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs, pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté, des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par la loi. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués (7). Il sera statué par une loi particulière sur l'exécution de cette disposition. »

Ce droit de présentation étant acquis aux officiers ministériels par une loi, l'agrément de Sa Majesté n'est jamais refusé aux sujets

(1) L. 32, ff. *de ædilit. edict.*

(2) L'arrêt fut rendu le 20 juillet 1822, dans la 3e section, entre Collin, avocat aux conseils du roi, et le sieur Poncet. Le motif fut que le rachat de la rente avait été ratifié. Ainsi, la cour ne s'occupa pas du point de droit.

(3) *Voy.* les *Principes* de Duparc-Poullain, t. 8, p. 17.

(4) Si cependant on peut appeler fiction une disposition de la loi. *Voy.* ce que nous avons dit, t. 2 (IV, éd. fr.), no 189.

(5) *Voy.* le *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), vo *Legs*. L'action en remploi tombe-t-elle dans le legs universel fait au mari?

(6) *Voy.* Dalloz, vo *Communauté*, no 25; Battur, no 182.

(7) *Légalement*, c'est-à-dire après jugement, dit fort bien Isambert sur cette loi.

présentés, lorsqu'ils ont les qualités exigées. Ces offices sont donc transmissibles et considérés désormais comme une propriété que les titulaires ne cèdent jamais gratis, mais seulement en vertu d'un traité en forme, dans lequel ils fixent d'abord le prix de la cession, et s'obligent, en conséquence, à présenter le candidat acquéreur à l'agrément de Sa Majesté. Ces traités sont regardés comme licites et autorisés par la loi du 28 avril 1816, dont ils sont une conséquence naturelle. Les ministres n'ont même pas le droit de s'immiscer dans les prix de ces cessions, et les lettres circulaires qu'ils écriraient à ce sujet ne seraient point obligatoires pour les tribunaux, ainsi que l'a décidé la cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 1820 dont l'espèce répand beaucoup de jour sur ce que nous venons de dire.

Guiné, greffier en chef du tribunal civil de Meaux, céda et transporta cet office, le 1er mars 1817, au sieur Lavalley, pour une somme de 30,500 fr. payable en différents termes. En exécution de ce traité, le sieur Guiné présenta, pour son successeur, le sieur Lavalley, qui obtint l'agrément de Sa Majesté, et fut nommé greffier du tribunal de Meaux.

Il en exerçait les fonctions depuis une année, lorsqu'il refusa de payer les intérêts du prix qui restait dû, et demanda que le contrat fût déclaré nul, comme illicite; qu'en tout cas, le prix en fût réduit à l'équivalent de deux années du revenu du greffe, en vertu d'une circulaire du garde des sceaux du 21 février 1817, qui défend expressément aux greffiers d'élever le prix de leurs charges au delà de ce taux. Le tribunal de première instance de Meaux, et la cour royale de Paris, qui confirma son jugement, rejetèrent les demandes du sieur Lavalley, et ordonnèrent l'exécution du traité.

Le sieur Lavalley se pourvut en cassation; mais son pourvoi fut rejeté le 20 juin 1820, par la considération : 1° que l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 « attribue aux greffiers des tribunaux et autres officiers ministériels la faculté de présenter des successeurs à l'agrément du roi, *comme dédommagement du supplément de cautionnement exigé d'eux;* que, par une conséquence naturelle, cette disposition autorise les arrangements ou conventions nécessaires pour l'exercice de cette faculté; qu'ainsi le sieur Guiné a pu traiter *valablement* avec le sieur Lavalley, pour le présenter, comme son successeur, à l'agrément de Sa Majesté;

» 2° Que la circulaire de monseigneur le garde des sceaux, du 21 février 1817, instructive et non prohibitive, ne pouvait autoriser la résiliation du traité; que d'ailleurs cette circulaire *ne saurait être obligatoire pour les tribunaux.* »

Les offices ministériels sont donc aujourd'hui de véritables propriétés; ils sont dans le patrimoine du titulaire, qui peut, au moyen du droit de présentation, les transmettre ou les vendre, comme autrefois les offices vénaux, dans lesquels on distinguait (1) le droit d'exercer une fonction publique, qui ne peut jamais être dans le commerce, de la finance, qui consistait dans une somme d'argent payée originairement lors de la création de l'office, et qui donnait le droit de se présenter au roi pour être pourvu de l'office, ou de présenter une autre personne en sa place. De même aujourd'hui on distingue, dans les offices ministériels, le droit d'exercer les fonctions publiques attachées à ces offices, de la finance, que le titulaire est autorisé à exiger pour présenter en sa place un candidat au roi, qui peut, il est vrai, comme autrefois, refuser son agrément au candidat présenté, sauf au titulaire à en présenter un autre plus agréable à Sa Majesté; car la première présentation ne dépouille point le titulaire d'un office dont il n'a pas donné sa démission.

Puis donc qu'en ce sens les offices ministériels sont *in bonis* du titulaire, il s'ensuit que s'il a fait pourvoir de son office l'un de ses héritiers, en le faisant agréer de Sa Majesté pour son successeur, l'héritier donataire est obligé d'en rapporter le prix à la succession, comme l'a fort bien jugé la troisième chambre de la cour royale de Rennes, par arrêt du 10 décembre 1825, non encore inséré dans aucun recueil.

Mais quelle est la nature des offices ministériels, qui sont *in bonis* du titulaire? Ce sont des droits incorporels sans doute; mais sont-ils meubles ou immeubles? C'est ce qu'il importe de décider, pour savoir s'ils entrent dans la communauté légale. Pour résoudre la question, il suffit de considérer quel est l'objet du droit de présentation. Il est évident que ce n'est et ne peut être que la somme d'argent que le titulaire est autorisé à exiger pour céder son droit de présentation. Ce droit est donc essentiellement mobilier dans les principes du Code, et par conséquent il entre dans la communauté légale.

En vain objecterait-on que les offices vénaux étaient réputés immeubles sous l'ancienne législation : ces offices sont supprimés depuis longtemps, et la nouvelle législation ne reconnaît, pour immeubles, que les droits qui ont des immeubles pour objet (2).

115. La disposition qui fait entrer dans la communauté légale tout le mobilier que les conjoints possèdent au moment de la célébration

(1) *Voy.* Pothier, *Traité de la communauté*, n° 91; Dalloz, v° *Communauté*, n°s 46 et 608; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 130.

(2) Dumoulin, sur l'art. 111 de la coutume de Paris; Rolland de Villargues, v° *Communauté*, n° 606.

du mariage, ou qui leur échoit pendant le mariage, a ses exceptions.

Et d'abord, l'art. 1401 excepte les donations mobilières faites à l'un des conjoints, lorsque le donateur a exprimé la volonté de les exclure de la communauté; car il est au pouvoir de celui qui donne d'apposer à sa libéralité telles conditions ou restrictions que bon lui semble.

114. Si la donation était faite par un ascendant du conjoint donataire. Delvincourt, tome 3, page 238, pense que si l'ascendant prédécède, la clause d'exclusion ne sera valable que pour la portion de bien dont il pouvait disposer : d'où il suit, selon lui, que l'excédant entrera en communauté (1). Par exemple, un riche négociant marie sa fille unique, et depuis son mariage il lui donne 100,000 fr., en stipulant que cette somme sera exclue de la communauté. Le mari autorise l'acceptation, et reçoit la somme. Le père, qui n'avait d'autres biens que son commerce, se trouve ruiné par des banqueroutes et par la perte des vaisseaux qu'il avait en mer. Il meurt, laissant une succession obérée, à laquelle sa fille est obligée de renoncer. Il ne reste, pour former la masse de biens qui ferait connaître la portion disponible, que les 100,000 fr. donnés à la fille. La portion disponible n'est donc que de 50,000 fr., que le père pouvait donner, n'ayant qu'une fille. Or, l'exclusion de communauté ne pouvant, si l'on en croit Delvincourt, et suivant ses expressions, *frapper que le disponible*, il entrera 50,000 fr. en communauté. La raison qu'il en donne est « qu'on ne peut, en général, imposer de condition qu'aux choses qu'on est le maître *de donner ou de ne pas donner*. Or l'ascendant sur la succession duquel il est dû une réserve *ne peut en priver celui* à qui elle est due. »

Cette raison même, donnée par Delvincourt pour appuyer son opinion, suffit pour la faire proscrire; car il est évident que le père était le maître *de donner ou de ne pas donner* à sa fille, et s'il ne lui avait pas donné, la somme entière serait perdue pour elle. Il la lui a assurée en l'excluant de la communauté, parce qu'alors elle est hypothéquée sur tous les biens, tant de la communauté que du mari. De quel droit celui-ci pourrait-il en faire entrer moitié dans la communauté dont il est le maître? Par droit de réserve? Mais la réserve n'est due qu'aux héritiers. Si la fille avait un frère qui n'eût rien reçu, il pourrait sans doute réclamer sa réserve sur les 100,000 fr.; mais le mari a-t-il donc aussi une réserve (2)?

115. L'art. 1401 veut que les donations mobilières entrent dans la communauté, *si le donateur n'a exprimé le contraire;* mais il ne paraît pas qu'il soit nécessaire que sa volonté, à cet égard, soit exprimée en toutes lettres : il suffit qu'elle y soit manifestée d'une manière non équivoque. Si, par exemple, il avait dit qu'il donne une rente de... à telle femme mariée, pour lui être comptée pendant sa vie ou jusqu'à sa mort, afin de lui procurer plus d'aisance, il est clair qu'il n'a pas voulu que cette rente fût, pendant le veuvage de la femme, comptée aux héritiers ou aux créanciers du mari; car, en ce cas, son vœu ne serait pas rempli; ce qui confirme ce que nous avons déjà dit *supra*, n° 110, que les arrérages des rentes viagères appartenant à la femme avant le mariage, et qui continuent de courir après la mort du mari, ne sont point entrés dans la communauté (3).

116. Une loi antérieure au Code, mais toujours en vigueur, puisqu'on n'y a point dérogé, exclut aussi de la communauté légale la propriété littéraire, garantie aux auteurs et à leurs héritiers exclusivement, pendant vingt ans après leur mort. La plus légitime, la moins contestable, et, pour ainsi parler, la plus personnelle de toutes les propriétés, est sans contredit l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain. Cependant, quelque sacré qu'il soit, ce droit de propriété n'était point autrefois garanti aux héritiers de l'auteur; il n'était que viager, et le droit de l'auteur, sur des chefs-d'œuvre du génie, qui ne périront jamais, s'éteignait avec sa personne. Un spéculateur avide qui n'aurait pu, sans subir la peine du vol, s'approprier le meuble le plus chétif de la succession d'un auteur, pouvait impunément s'approprier ses ouvrages, les imprimer, les vendre à son seul profit, et s'enrichir des dépouilles du mort, sans que les héritiers de ce dernier, ses enfants même, tombés souvent dans l'indigence, pussent s'en plaindre et réclamer la moindre part dans les bénéfices : comme si les chefs-d'œuvre du génie étaient une propriété moins sacrée qu'un meuble ou un chétif coin de terre!

La propriété des auteurs et celle de leurs héritiers furent enfin reconnues par la loi du 19 janvier 1791, qui répara, mais en partie seulement, l'injuste oubli de l'ancienne législation. L'art. 5 porte : « Les héritiers ou cessionnaires des auteurs seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq ans après la mort de l'auteur. » Ce temps écoulé, les ouvrages des auteurs morts devenaient une propriété publique.

Mais, outre l'injustice évidente d'un aussi court délai, cette loi, rendue à l'occasion d'une pétition des auteurs dramatiques, et des prétentions des comédiens français, qui se prétendaient propriétaires, sans partage, des chefs-d'œuvre de Corneille, Racine, Molière, etc., était incomplète, et pouvait laisser douter si sa

(1) Mais *voy.* Zachariæ, § 507.

(2) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.); Dalloz, n° 67.

(3) *Contra*, Dalloz, v° *Communauté*, n° 66; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 138.

disposition s'étendait à tous les genres d'ouvrages de l'esprit. Il fut donc rendu, le 19 juillet 1793, un décret général *relatif aux droits de propriété des auteurs, des compositeurs de musique, peintres et dessinateurs.* L'art. 1er porte : « Les auteurs d'écrits en *tout genre,* les compositeurs de musique, les peintres, etc., jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république, et d'en céder la propriété en tout ou en partie. »

L'art. 2 porte : « Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs. »

L'art. 7 ajoute : « Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature, ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartiennent aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant *dix années.* »

C'était faire encore trop peu en faveur des auteurs, que de circonscrire le droit de leurs héritiers dans l'espace de dix années. Bonaparte, n'ignorant pas que les écrivains sont les seuls organes de la renommée pour la postérité, qui juge en dernier ressort les chefs des peuples, voulut se les rendre favorables en prolongeant à vingt ans la durée du droit de leurs héritiers. L'art. 39 du décret du 5 février 1810 porte : « Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, *si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit,* et à leurs enfants, pendant *vingt ans.* »

L'art. 40 permet aux auteurs de céder leur droit à une autre personne, qui est alors substituée en leur lieu et place.

Ce droit des auteurs est incontestablement mobilier. Le produit des éditions faites pendant leur vie, ou le prix de la cession de leur droit, entre donc dans la communauté, comme mobilier échu pendant le mariage, quoique les prix n'en soient pas encore payés. Ce sont des créances à terme. Quant au produit des éditions postérieures à la mort de l'auteur, quoique incontestablement meuble, la communauté n'y a aucun droit sans une stipulation expresse des conventions matrimoniales (1). C'est ce qui résulte du décret du 5 février 1810 (2).

117. L'ancienne jurisprudence de Paris excluait de la communauté légale ce qu'un mineur, qui se mariait *de suo,* avait en biens meubles de plus que le tiers de l'universalité de ses biens. (*Voy.* Pothier, nº 105.) Celle de Bretagne excluait les deux tiers du reliquat de compte qui était dû aux mineurs, si le mariage s'accomplissait pendant la minorité, quelque stipulation contraire que le père eût faite par le contrat de mariage de son enfant (3). Ces exceptions, n'étant point renouvelées par le Code, n'existent plus aujourd'hui, et l'art. 1398 les rend inutiles.

118. Les choses mobilières qui sont, durant le mariage, substituées à quelque propre de l'un des conjoints, sont encore exclues de la communauté. Le propre remplacé en étant exclu, les sommes ou choses mobilières reçues en remplacement n'y doivent pas également entrer. (Pothier, nº 99.)

Cet auteur en donne pour exemple le cas où l'héritage propre de l'un des conjoints a été vendu durant le mariage. Quoique la créance du prix qui en est dû soit un meuble, elle n'appartient pas à la communauté, mais à celui des conjoints à qui appartenait l'héritage vendu, auquel cette créance a été substituée. Cette décision est d'autant plus exacte sous l'empire du Code, qu'il résulte des art. 1433 et 1436 que si le prix de l'héritage vendu avait été versé dans la communauté, la récompense n'en serait exercée que par un prélèvement en argent sur le prix de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné.

Par la même raison, si dans une succession purement immobilière, échue à l'un des conjoints, il reçoit de ses cohéritiers une soulte de partage, soit en argent, soit en rente, il est évident que cette soulte lui est propre, puisqu'elle est substituée à des immeubles qui en étaient exclus.

119. Mais si la succession est composée de meubles et d'immeubles, et que par l'événement du partage fait confusément des meubles et des immeubles, le conjoint à qui la succession est échue reçoive toute sa part contingente en meubles, entreront-ils en communauté pour le tout, ou seulement pour une partie? Il y avait sur ce point partage d'opinions entre nos auteurs français.

Lebrun, partant du principe qu'il établit, liv. 1, chap. 3, sect. 1, dist. 1, nº 15, de son *Traité de la communauté,* qu'il faut avoir égard à l'origine de la soulte pour décider si elle est mobilière ou immobilière, décide, *ibid.,* nº 20, que, dans le cas proposé, la soulte du partage est partie mobilière et partie immobilière, en proportion de ce que le conjoint aurait dû avoir de meubles et d'immeubles dans sa portion afférente : d'où résulte que la portion de meubles, échue au conjoint au lieu de sa portion dans les immeubles, est propre de communauté, et qu'il lui en sera dû récompense sur la masse. C'est aussi l'opinion de Valin sur la coutume de la Rochelle, art. 48, § 2, nº 17.

Pothier pense, au contraire, qu'il n'est dû

(1) Battur, t. 1, p. 188; mais *voy.* Duranton, nº 132; Zachariæ, § 507.

(2) *Voy.* la loi belge du 25 janvier 1817; et Dalloz, vº *Communauté,* nº 54; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 112.

(3) *Voy.* Duparc-Poullain, *Principes du droit,* t. 5, p. 58.

aucune récompense au conjoint héritier. « Lorsque, dit-il, n° 100, par le partage d'une succession composée de meubles et d'immeubles, il est *échu* beaucoup plus de meubles à proportion que d'immeubles, *dans le lot* du conjoint, tout ce qui lui *est échu* de mobilier tombe dans la communauté, sans qu'il puisse avoir aucune reprise. On ne peut pas dire, en ce cas, que ce qu'il a eu de mobilier *dans son lot*, de plus que le montant de sa part, lui tienne lieu et soit subrogé à ce qu'il a eu de moins que sa part dans la masse immobilière. Les meubles et les immeubles de cette succession ne composent qu'une même succession, dans laquelle le conjoint est censé n'avoir jamais eu de droit qu'aux choses *échues dans son lot*, par lequel il est rempli de toute sa portion héréditaire : on ne peut donc pas dire, en ce cas, que ce qu'il a eu de mobilier *dans son lot* lui tienne en rien lieu de quelque droit immobilier, ni par conséquent l'exclue de la communauté. »

Les auteurs du *Nouveau Denisart*, v° *Communauté*, p. 111, pensent, et nous pensons comme eux, que le dernier avis est le plus suivi et le mieux fondé. C'est une conséquence nécessaire de l'effet rétroactif que notre droit français donne aux partages de succession ; effet qui est désormais consacré de la manière la plus positive par l'art. 883 du Code, qui porte : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous *les effets compris dans son lot*, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir *jamais eu* la propriété des autres effets de la succession (1). »

120. Mais pour appliquer cet article à la communauté légale, il faut qu'il y ait eu un partage régulier des meubles et des immeubles, qu'ils aient été mis *en lots*, comme dit le Code ; en un mot, que partageant confusément et par un même acte les meubles et les immeubles, on compense l'inégalité de la lotie où il se trouve moins d'immeubles, par une plus grande quantité de meubles de la même succession. Il pourrait arriver que, par l'issue d'un partage, l'un des héritiers se trouvât avoir tous les meubles, l'autre tous les immeubles ; par exemple, si le défunt possédait un mobilier, tel qu'un fonds de commerce d'une valeur égale à ses immeubles, on pourrait du tout former deux loties, l'une des immeubles, l'autre du mobilier, et si cette dernière était échue à un cohéritier, marié sous le régime de la communauté, elle y entrerait en entier, sans aucune récompense.

Il convient, au reste, pour éviter toute critique, d'avoir soin de régulariser l'acte de partage, sans néanmoins qu'il soit nécessaire entre majeurs de tirer les loties au sort (2).

121. La seconde disposition de l'art. 1401 fait entrer dans la communauté légale « tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit. »

On appelle fruits, en général, tout ce qui naît et renaît d'une chose : *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet.*

Les fruits se divisent en fruits naturels et fruits industriels. (Art. 582.)

Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre, et qui naissent sans culture, comme le bois, le foin, etc.; le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. (Art. 583.)

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on en obtient par la culture (art. 583), et qui dépendent, au moins en grande partie, des soins et de l'industrie des hommes : tels sont les grains, les raisins, les légumes, etc.

On appelle fruits civils ceux qui ne sont tels que par la disposition de la loi. Ils n'ont point d'être physique, mais un être intellectuel; ce sont des droits incorporels : tels sont les loyers de maisons, les intérêts des sommes exigibles. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils. (Art. 584.)

Il n'est pas douteux que les fruits civils sont meubles de leur nature.

Quant aux fruits naturels et industriels, tant que leur séparation du fonds auquel ils sont attachés n'est pas effectuée, tant qu'ils sont, comme dit le Code, pendants par branches, ou par racines (art. 585), ils sont réputés faire partie du fonds dont ils sont les accessoires, et conséquemment ils sont immeubles, suivant la règle : *Accessorium sequitur naturam rei principalis.*

Mais du moment qu'ils en sont séparés, ils sont réellement meubles, et c'est par cette raison que pour les faire tomber dans la communauté légale, le Code exige qu'ils soient *échus* ou *perçus* pendant le mariage : *échus*, quant aux fruits civils ; *perçus*, quant aux fruits naturels ou industriels.

122. Ce n'est pas seulement à l'échéance des termes de payement, c'est-à-dire lorsqu'ils sont exigibles, que les fruits civils sont échus, en ce qui concerne la communauté ; ils sont réputés s'acquérir jour par jour, et ils appartiennent à la communauté à proportion des jours que le mariage a duré. Si le loyer d'une maison était de 365 francs par an, ce serait 1 franc par jour qui entrerait dans la communauté. Cette regle

(1) Pothier, n° 100; *Nouveau Denisart*, v° *Communauté*, p. 111; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n°s 117 et 119. Toutefois on ne peut se dissimuler que l'opinion de Lebrun et de Valin est très-digne de considération.

(2) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n°s 116, 117.

s'applique au prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils (art. 586), quoiqu'on en ait autrefois douté. (*Voy*. le *Nouveau Denisart*, v° *Communauté*, § 3, n°s 2 et 3, p. 113.)

123. Quant aux fruits naturels, ils ne sont échus qu'au moment où ils sont séparés du fonds, et au fur et à mesure de leur séparation. Ainsi, tous les fruits non encore séparés du fonds et pendants par branches ou par racines au moment de la dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints, appartiennent à celui sur le fonds duquel ils sont nés.

124. Mais est-il dû récompense à la communauté des frais de labours et semences?

On n'en doutait point autrefois. L'art. 231 de la coutume de Paris en avait même une disposition expresse. Il portait : « Les fruits des hé« ritages propres, pendants par les racines au « temps du trépas de l'un des conjoints par ma« riage, appartiennent à celui auquel avient « ledit héritage, à la charge de payer la moitié « des labours et semences. » Les commentateurs ajoutent avec raison : Et le remboursement entier, si l'héritage appartient à la femme renonçante.

Cette disposition était devenue le droit commun de la France, ainsi que nous l'atteste Pothier, n° 209. Elle est en effet d'une équité frappante, sans qu'on doive rechercher par qui ont été payés les frais de labours et semences au commencement du mariage; car ils l'ont nécessairement été avec des sommes qui étaient ou qui devaient entrer dans la communauté légale.

Si les terres ont été ensemencées depuis le jour du mariage, les frais de labours et semences ont évidemment été payés sur les fonds de la communauté, où était entré le produit de la récolte précédente; si, au contraire, les terres étaient ensemencées au jour du mariage, les frais avaient été payés, ou ils étaient dus par le conjoint propriétaire. Au premier cas, ils avaient été payés sur des sommes qui devaient entrer en communauté, si elles étaient restées dans la bourse du conjoint propriétaire. Si ces frais étaient encore dus au moment du mariage, ils ont été payés depuis, des fonds de la communauté, où la dette était tombée. Il est donc évident qu'il ne faut rechercher en aucun cas par qui ont été payés les frais de culture des conjoints au commencement du mariage.

Il en est autrement à sa dissolution : si les terres se trouvent ensemencées à cette époque, les frais de culture ont été nécessairement payés des deniers de la communauté, *ex acervo communi*. Le conjoint qui reprendrait ses terres et en recueillerait seul les fruits, sans tenir compte des sommes avancées par la communauté, pour les frais de culture, s'enrichirait donc évidemment à ses dépens. Supposons que les frais soient de 1,000 fr., cette somme resterait de plus à partager dans la communauté, si elle n'avait pas été employée à ensemencer les terres du propriétaire, qui n'a plus qu'à recueillir les fruits. Il est donc de toute évidence que s'il ne tenait pas compte des frais de culture avancés par la communauté, il s'enrichirait à ses dépens.

Or le premier principe en cette matière, dit fort bien Pothier, n° 613, est que « toutes les » fois que l'un ou l'autre des conjoints s'est » enrichi aux dépens de la communauté, il lui » en doit récompense. »

Ce principe de justice a été consacré dans l'art. 1437 du Code, qui porte : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles de l'un des époux..., soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement *toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense*. »

C'est de ce grand principe d'équité, commun à toutes les sociétés, dit fort bien Pothier, n° 212, qu'il fait découler, par une conséquence nécessaire, la disposition qui oblige le conjoint propriétaire, en reprenant ses terres lors de la dissolution du mariage, de récompenser la communauté des frais de culture qu'elle a avancés pour lui; ce qui s'applique aux façons et impenses pour la culture des vignes, aux frais d'empoissonnement d'un étang, etc., suivant la doctrine du même auteur, n°s 215 et 216.

Il observe même, avec raison, que le conjoint propriétaire ne peut pas plus se décharger de cette récompense, en abandonnant la récolte à la communauté, qu'il ne pourrait l'abandonner à un *negotiorum gestor* qui aurait fait les impenses pour lui; car, quoique par la stérilité de la récolte elle n'ait pas rempli en entier le conjoint des frais de culture et de semences, c'étaient des impenses nécessaires qu'il aurait été obligé de faire de ses propres deniers, si elles n'avaient pas été faites de ceux de la communauté. Il en profite, en ce que *propriæ pecuniæ pepercit:* il profite de la somme qu'il eût été obligé de tirer de sa bourse particulière.

Sous l'ancienne jurisprudence, il ne s'était pas élevé de critiques contre la disposition qui obligeait le conjoint propriétaire de récompenser la communauté des frais de culture de ses propres, qu'elle avait avancés pour lui; mais il s'en était élevé de bien fondées sur la disposition de quelques coutumes qui obligeaient le propriétaire, en rentrant dans la jouissance de ses terres par la cessation de l'usufruit, de rembourser les frais de culture faits par l'usufruitier.

L'art. 600 de notre coutume de Bretagne portait : « S'il y a douairière ou autre usufruitier décédé, et les terres soient ensemencées, le propriétaire prendra ce qui sera en terre, *payant*

et remboursant les semences, engrais ou labourages, à l'arbitrage que dessus ; » c'est-à-dire à l'arbitrage des experts.

Cependant, en entrant en jouissance dans un temps où les frais de culture et semences étaient faits, l'usufruitier prenait tous les fruits pendants par racines, sans rembourser au propriétaire les frais de culture. L'égalité était blessée par ce défaut de réciprocité, et notre savant maître Duparc-Poullain trouvait, comme Sauvageau et Bouhier, cette décision injuste, dans son commentaire sur l'art. 600. Il y revient dans ses *Principes*, t. 5, p. 330. « Je crois, dit-il, avoir prouvé, sur l'art. 600, l'injustice de la décision qui donne à la douairière les fruits pendants par racines à l'ouverture du douaire, sans être obligée de payer les semences, engrais et labours, et qui assujettit néanmoins le propriétaire au remboursement des semences et labours à la fin de l'usufruit. »

Duparc-Poullain avait parfaitement raison ; mais remarquez que cette critique ne s'applique qu'au remboursement des frais de culture dus à la fin *de l'usufruit*, par le propriétaire, qui n'avait pas reçu ce remboursement au commencement. C'est le défaut de réciprocité qui était le seul motif de sa critique. Elle ne s'étendait point et ne pouvait en effet s'étendre au cas tout différent des frais de culture dus lors de la dissolution de la communauté, qui les a avancés au commencement, ainsi que nous l'avons prouvé. Il y a donc en ce dernier cas réciprocité, et par conséquent la récompense est fondée sur l'équité. Ce sont deux cas tout différents, qu'on ne peut confondre sans tomber dans l'erreur.

C'est pour les avoir confondus qu'un professeur célèbre y est tombé, comme nous le verrons bientôt.

L'injustice signalée dans le premier cas par Duparc-Poullain, Sauvageau et Bouhier, fut sentie par les rédacteurs du Code et réparée par l'art. 585, qui établit une réciprocité parfaite entre le propriétaire et l'usufruitier, en ordonnant qu'ils prendront l'un et l'autre les biens dans l'état où ils se trouvent, tant au commencement qu'à la fin de l'usufruit, sans récompense des frais de culture, dans l'un ni dans l'autre cas : tant est fausse et contraire aux progrès de la législation la doctrine d'un ministre, en même temps inspecteur des écoles de droit (1), qui prétendait, dans un discours adressé aux écoles de Paris, qu'un professeur doit se borner à la simple explication de la loi, sans en indiquer les vices et les imperfections. Il doit au contraire les signaler ; car enfin, tôt ou tard, la raison finit toujours par avoir raison.

(1) Comme si ces places n'étaient pas incompatibles de leur nature. Ces incompatibilités scandaleuses se renouvellent souvent.

Le Code s'est bien gardé d'étendre la décision de l'art. 585, équitable dans les rapports des usufruitiers et des propriétaires, au cas de la récompense des frais de culture, dus par le conjoint propriétaire à la communauté, qui en a fait l'avance. Au contraire, il a consacré, dans l'art. 1437, l'ancien principe qui ordonne la récompense *toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté*. C'est sur ce fondement que nous avons enseigné, t. 2 (III. éd. fr.), nº 400, que l'art. 585 n'était point applicable aux cas de dissolution des communautés conjugales.

125. Delvincourt professe une doctrine contraire, parce qu'il a cru que la communauté conjugale a changé de nature sous l'empire du Code, et qu'elle n'est qu'un usufruit sur les biens des deux époux ; en un mot, « qu'on ne » peut nier que la communauté soit usufruitière » universelle des biens propres de chacun des » époux (2). »

En conséquence de cette doctrine, il pense, t. 3, p. 240, qu'il faut appliquer l'art. 585 à la communauté, et que, lors de sa dissolution, il n'est pas dû récompense des frais de culture et semences faits sur les propres des époux.

Nous croyons avoir prouvé, *supra*, nº 82, que cette doctrine de la communauté usufruitière est fausse et entraîne même des conséquences absurdes. La fausseté de cette doctrine suffit pour écarter l'application de l'art. 585 à la dissolution des communautés conjugales. Nous n'y reviendrons donc pas.

Mais il est nécessaire de voir comment cet éminent professeur répond à la conséquence que nous avons tirée de l'art. 1437. « Quelques » auteurs, dit-il, p. 240, note 6, ont prétendu » qu'il n'en était pas ainsi dans le cas de disso» lution de communauté, parce que, disent-ils, » il en résulterait une dérogation au principe » contenu dans l'art. 1437, d'après lequel » l'époux doit récompense de tout ce qui a » été tiré de la communauté pour lui procurer » un profit personnel. Mais il faut répondre » que, d'après le principe analogue, la commu» nauté qui perçoit les fruits pendants par » racines, au moment de la célébration, aurait » dû également être astreinte au payement des » frais de labours et de semences ; que cepen» dant elle ne l'est pas ; qu'il doit donc y avoir » réciprocité. »

Nous répliquons que si la communauté perçoit les fruits pendants par racines au jour du mariage, les frais de culture, comme nous l'avons vu *supra*, nº 124, ont été payés avec des sommes qui seraient entrées en communauté, si elles étaient restées dans la bourse du conjoint qui a fait les frais. Comment donc la commu-

(2) Delvincourt, t. 3, p. 253, 3e édition.

nauté pourrait-elle *être astreinte* au payement des frais de culture faits pour son utilité, avec des fonds qui devaient entrer dans sa caisse? Ce serait donc à elle-même qu'elle devrait récompense. Elle serait créancière et débitrice d'elle-même, ce qui implique contradiction.

Au contraire, lorsqu'à la dissolution de la communauté l'un des conjoints trouve ses propres ensemencés, les frais de culture ont été tirés de la communauté, et comme il percevra seul les fruits pendants par racines, il s'enrichirait évidemment aux dépens de la communauté qui reste à partager, et dans les biens de laquelle se trouveraient les sommes qui en ont été tirées pour les frais de culture de ses propres, dont il percevra seul les fruits. Or, si l'on ne peut nier qu'il tire un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense; c'est une conséquence directe et nécessaire de l'article 1437, *dont les décisions sont infaillibles dans leur application aux cas qu'il était bien possible de ne pas prévoir* (1). Si cet article ne parle pas expressément de la récompense des frais de culture, due par le conjoint qui en tire le profit personnel, c'est une conséquence directe, et par conséquent infaillible, de sa disposition.

Enfin, Delvincourt ajoute que « le cas a été formellement prévu lors de la discussion; on avait demandé une exception à l'art. 585 pour la communauté, et elle avait été expressément rejetée » par le conseil d'État.

Nous ne craignons pas de le dire, cette assertion manque absolument d'exactitude : elle est fausse. Dans sa séance du 27 vendémiaire an XII, le conseil d'État s'occupa de la discussion du titre *de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation*, et notamment de l'art. 585 du Code, qui n'accorde, ni au propriétaire, ni à l'usufruitier, aucune récompense des frais de labours et de semences, soit au commencement, soit à la fin de l'usufruit.

Ce n'était pas le lieu de parler des récompenses dues par l'un des conjoints à la communauté conjugale; aussi n'en parla-t-on point. On n'imaginait pas que la communauté pût être considérée comme un usufruit. Il peut cependant arriver que l'art. 585 soit applicable à un cas qui touche la communauté, c'est celui où l'un des futurs conjoints, la femme, par exemple, possédait un usufruit dont la jouissance est entrée dans la communauté par le mariage. Elle meurt, et, en vertu de l'art. 585, le tiers propriétaire reprend son fonds sans devoir aucune récompense des frais de culture et de semences, qui sont en pure perte pour la communauté; car on ne peut appliquer à ce tiers, qui profite seul des fruits pendants par les racines, l'art. 1437, qui donne une récompense à la communauté toutes les fois que *l'un des époux* a tiré un profit personnel des biens communs.

C'est à ce cas que le conseiller d'État Jollivet trouvait dur d'appliquer l'art. 585, et proposait d'y faire exception en faveur de la communauté. « L'usufruit, disait-il, *qui appartient à l'un des époux*, tombe dans la communauté. Elle fait donc les frais de culture. Or il serait très-rigoureux de la priver de la récolte, sans lui faire raison de ses impenses. Aussi, dans l'usage, lui en a-t-on toujours accordé la récompense. »

Le savant Tronchet lui répondit « qu'en pareil cas on n'avait jamais accordé de récompense au mari. Comme administrateur, il était tenu de cultiver et d'ensemencer; et même en général, tout usufruitier est tenu d'entretenir la chose, et d'en jouir en bon père de famille. Le bénéfice qui en peut résulter pour lui est subordonné aux effets du hasard; mais on ne peut s'écarter, en faveur de la communauté, du principe qui déclare immeubles les fruits pendants par les racines. »

Ce fut par ces raisons qu'on rejeta la proposition du conseiller Jollivet. Toute la discussion prouve qu'il ne s'agissait que d'usufruitiers, et non d'une exception relative à la récompense des frais de culture dus à la communauté, qui en a fait l'avance sur les propres d'un des conjoints. S'il en avait été question, Tronchet, l'un des hommes les plus instruits de la coutume de Paris, se serait bien gardé de dire *qu'on n'avait jamais accordé* cette récompense, ordonnée par le texte même de cette coutume.

D'après cette discussion du conseil d'État, il est évident que, de ce qu'il a rejeté l'exception proposée à l'art. 585, en faveur de la communauté, contre le tiers propriétaire d'un fonds dont l'un des conjoints avait été usufruitier, on ne peut conclure que le conseil d'État ait rejeté la récompense des frais de culture, dus par le conjoint, pour qui la communauté dissoute en avait fait l'avance. Nous persistons donc avec une pleine conviction à penser que cette récompense est due. Il nous a paru nécessaire d'approfondir cette question pour détruire l'influence de l'auteur que nous combattons, qui déjà en a entraîné d'autres (2) dans son erreur.

---

(1) Duvergier, dans son rapport au tribunat.

(2) L'auteur d'un livre imprimé à Rennes, en 1819, et intitulé : *Dissertation sur l'art. 585 du Code, et Réfutation de la doctrine de Toullier*, sur une question née de cet article.

Nous n'avons point de réponse particulière à lui faire, parce que son livre n'est qu'une paraphrase prolixe de la note de Delvincourt, et qu'il n'ajoute aucune raison nouvelle à celles qu'a données, d'une manière plus concise, le doyen de l'école de Paris, si ce n'est un beau mouvement d'éloquence, où il invoque les mânes de Sauvageau et de Duparc-Poullain, *dont les cendres*, dit-il, p. 59 et 60, *s'agitent et se remuent, pour réclamer contre l'injustice de ce système* : celui de la récompense

126. Revenons aux fruits et aux revenus ordinaires des propres des deux conjoints, échus ou perçus pendant le mariage, que la seconde disposition de l'art. 1401 fait entrer en communauté sans récompense, parce qu'ils sont naturellement destinés à pourvoir aux besoins habituels de la famille et à l'entretien du ménage.

Quant aux revenus ou émoluments extraordinaires qu'on peut tirer du fonds, ils n'ont pas la même destination, et ils sont, par cette raison, exclus de la communauté, ou, ce qui est la même chose, ils n'y entrent que sauf récompense ou reprise.

127. Les bois, par exemple, sont une production de la terre, de véritables fruits; mais il y en a de deux espèces. Les uns sont destinés à produire un revenu annuel ou périodique, tels que les bois taillis ou émondables, et les forêts aménagées en coupes réglées; d'autres, au contraire, ne sont point destinés à produire de revenu annuel ni périodique, tels que les arbres de décoration, les avenues, les quinconces, les futaies en réserve. Ceux-ci sont immeubles comme le fonds, dont ils sont l'accessoire. L'usufruitier *n'y peut toucher*, dit l'art. 592 : d'où il résulte que s'il les abattait, le propriétaire aurait contre lui une action.

Le Code, art. 1403, fait entrer les arbres de la première espèce dans la communauté, d'après les règles expliquées au titre *de l'Usufruit;* mais, à la différence de ce qui se pratique dans le cas de l'usufruit, si les coupes de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites pendant le mariage, ne l'ont pas été, il en est dû récompense (1) à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers; car ces coupes étaient, comme les autres fruits, destinées à supporter les charges de la communauté, dont elles sont comme un crédit, de même que les fruits civils arriérés.

Au contraire, s'il était, pendant le mariage, abattu des arbres de la seconde espèce, s'il en était fait une coupe, il serait dû récompense du prix à celui sur l'héritage duquel ils ont été abattus, ou à ses héritiers. Il en serait de même si l'on abattait par le pied les arbres qui ne sont destinés qu'à être émondés.

128. Les produits des carrières et mines sont des émoluments que le propriétaire peut retirer de son fonds : mais quand et comment peuvent-ils être considérés comme fruits ordinaires, et comme tels entrer dans la communauté? Les auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point (2), et nos lois françaises n'avaient point de disposition qui pût servir de règle. Le Code nous en trace une qui paraît fort raisonnable. L'article 1403 fait tomber dans la communauté les produits des carrières et mines, *pour ce qui est considéré comme usufruit, d'après les règles tracées au titre* DE L'USUFRUIT, où l'art. 598 donne à l'usufruitier le droit de jouir, *de la même manière que le propriétaire,* des mines et carrières qui sont en exploitation (3) à l'ouverture de l'usufruit. Pourquoi? Parce qu'il ne fait alors que continuer la jouissance du propriétaire, qui se faisait une espèce de revenu de ses mines et carrières en les exploitant.

Mais il n'a *aucun droit,* dit l'art. 598, aux mines et carrières non encore ouvertes. Le droit de la communauté est le même « si les carrières » et mines, dit l'art. 1403, ont été ouvertes » pendant le mariage; les produits n'en tom- » bent dans la communauté *que sauf récom-* » *pense ou indemnité* à celui des époux à qui » elle pourra être due. »

La récompense consiste dans le produit net des mines et carrières qui a été versé dans la communauté, et dont elle ne doit pas profiter, puisque, de même que l'usufruitier, *elle n'y a aucun droit.* (Art. 598.) Donc il en est dû une récompense, dont le propriétaire du fonds ou ses héritiers ont la reprise ou le prélèvement. Cette récompense est toujours due, et ne peut être due qu'au propriétaire du fonds, jamais à l'autre époux.

Mais outre cette récompense, il peut être dû une indemnité, soit à raison des impenses faites pour améliorer le fonds où se trouve la mine ou carrière, soit, au contraire, à raison des dégradations qui y ont été faites; et cette indemnité peut être due, soit à l'époux propriétaire du fonds, soit à l'autre. C'est pourquoi l'art. 1403, dans sa disposition finale, après avoir dit qu'il est dû une récompense, ajoute : « *ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due.* »

« Cette rédaction est inexacte, dit Delvincourt, » tome 3, page 240; car elle supposerait que l'in- » demnité peut être due à l'époux non proprié- » taire du fonds, *ce qui ne peut pas être.* L'in- » demnité est due à l'époux propriétaire ou à la » communauté. »

Oui, sans doute, elle le suppose; mais c'est Delvincourt qui s'est trompé, en affirmant, de la manière la plus tranchante, et sans preuve, contre les savants rédacteurs du Code, que *cela ne peut pas être.* L'indemnité est due à l'époux

des labours et semences, due à la communauté à la dissolution du mariage.

Voy. dans le sens de Toullier, coutume de Paris, art. 231; Pothier, 239; Battur, nº 194; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 152; Dalloz, vº *Communauté,* nº 78.

(1) L'époux non propriétaire du fonds n'a donc pas droit d'exiger que les bois soient coupés pour les partager, comme aussi l'époux propriétaire n'a pas droit de contraindre l'autre à prendre la moitié de la coupe pour récompense.

(2) *Voy.* le *Nouveau Denisart,* vº *Carrières,* § 2.

(3) Donc, si la mine était seulement découverte, sans être ouverte ou en exploitation, les produits n'entreraient point dans l'usufruit ni dans la communauté.

non propriétaire du fonds; par exemple, dans l'espèce suivante :

Une mine est ouverte, pendant le mariage, sur le fonds de la femme. Des dépenses très-considérables sont faites pour en préparer l'exploitation; mais au moment où elle va commencer, ou peu de temps après, la femme meurt, et ses héritiers renoncent à la communauté. Il est certain qu'ils devront au mari seul l'indemnité de toutes les dépenses utiles qu'il a faites pour la mise en activité de l'exploitation d'une mine qui améliore considérablement le fonds de la femme; on ne peut pas dire que ce soit à la communauté que l'indemnité est due, puisqu'il n'y a point de communauté. Le Code s'est donc exprimé d'une manière parfaitement exacte, en réservant l'indemnité à celui des époux *à qui elle pourra être due*. Il faut être très-réservé à taxer d'inexactitude une rédaction faite par des hommes aussi éclairés.

Mais Delvincourt est tombé dans une erreur plus grave, en disant que l'indemnité ne doit consister que dans la différence de la valeur actuelle du fonds, avec celle qu'il aurait eue si la mine n'avait pas été ouverte : d'où il suivrait que les produits appartiendraient à la communauté, sauf l'indemnité à l'époux propriétaire, pour la détérioration de son fonds. Bellot des Minières a déjà remarqué cette erreur (1), dans laquelle il est étonnant que ce célèbre professeur soit tombé, puisque l'art. 1403 ne donne à la communauté de droits sur les mines et carrières, que *suivant les règles tracées au titre* DE L'USUFRUIT. Or l'art. 598 dit très-positivement que l'usufruitier *n'a aucun droit* aux mines et carrières non ouvertes : donc la communauté n'y a également aucun droit; donc, s'ils y ont été versés, elle en doit la récompense.

129. Les trésors sont encore des émoluments que le propriétaire retire de son fonds, et auxquels, quoique meubles, ni la communauté, ni l'usufruitier (art. 598), n'ont aucun droit. Ce ne sont pas des fruits, ni même des produits du fonds. La propriété d'un trésor appartient, dit l'art. 716, à « *celui qui le trouve dans son* » *propre fonds*. Si le trésor est trouvé dans le » fonds d'autrui, il appartient pour moitié à » celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié » au propriétaire du fonds. »

Lorsque le trésor est découvert par un étranger dans le fonds d'un des conjoints, il n'est pas douteux que la moitié appartenant au propriétaire ne soit exclue de la communauté, ou n'y tombe qu'à la charge de récompense. C'est un meuble à la vérité, mais un meuble que le conjoint ne possédait pas au jour de la célébration du mariage, qui ne lui est point échu à titre de succession ou de donation, qui n'est point le produit de son industrie; c'est un meuble provenu de son fonds, mais qui n'est ni un fruit, ni un revenu de ce fonds. Or l'art. 1401 ne fait entrer en communauté que les *fruits* et revenus *provenant* des biens propres des conjoints : *quidquid ex re nasci et renasci solet;* ce qui naît et renaît de la chose. Les trésors qui ne sont pas des fruits n'y doivent donc pas entrer. On est d'accord sur ce point (2).

130. Si le trésor a été découvert, non par un étranger, mais par le propriétaire du fonds, Pothier, n° 98, exclut de la communauté le tiers appartenant au dernier, *jure soli;* mais il pense que le tiers qui lui appartenait autrefois, *jure inventionis,* entre en communauté. Pothier avait parfaitement raison dans le temps où il écrivait. Le droit commun des coutumes ne donnait point la propriété des trésors en entier par droit d'accession, *jure soli,* au propriétaire du fonds où ils se trouvaient. Il en divisait la propriété en trois parts, l'une pour le seigneur haut justicier, la seconde pour le propriétaire, la troisième pour l'inventeur (3). C'est en conséquence de ces principes, qu'en excluant de la communauté le tiers appartenant, *jure soli,* au propriétaire qui découvre un trésor dans son fonds, Pothier fait tomber dans la communauté l'autre tiers, qui ne lui appartenait que par droit d'invention, *de même que toutes les choses que chaque conjoint acquiert pendant sa durée.*

131. Mais, sous l'empire du Code, les principes ne sont plus les mêmes que sous l'empire des coutumes. L'art. 552 a consacré la grande règle que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, sauf les modifications relatives aux mines. » C'est en conséquence de ce principe que l'art. 716 dit que « la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds. »

Remarquez que c'est la totalité du trésor qui appartient, *jure soli*, au propriétaire *qui le trouve* dans son fonds. On ne peut donc pas dire qu'une partie ne lui en appartienne que par droit d'invention. Ce n'est que par accident que sa propriété se trouve réduite à la moitié, quand le trésor est découvert par un tiers, à qui la loi veut qu'il en abandonne l'autre moitié pour récompense de l'invention. C'est ainsi que le propriétaire d'une bourse perdue promet d'en donner une partie à l'inventeur, pour l'engager à la lui rapporter.

Si cet accident n'arrive point, si le hasard

---

(1) *Traité du contrat de mariage*, t. 1, p. 146 et suiv.; Battur, n° 200; Dalloz, v° *Communauté*, n° 81.

(2) Battur, t. 1, p. 161; mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 133.

(3) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 2, tit. 2, règle 53; Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*. Il y avait beaucoup de variété dans les coutumes sur ce point; mais aucune ne déférait la propriété entière des trésors, par droit d'accession, au propriétaire du fonds.

favorise celui qui trouve dans son fonds le trésor qui y était enfoui, et dont la loi le déclare propriétaire par droit d'accession, son droit de propriété demeure dans toute sa force, dans toute son étendue. Il nous paraît donc que la totalité du trésor trouvé dans son fonds, par le conjoint propriétaire, doit être exclue de la communauté, comme la totalité des carrières et mines ouvertes pendant le mariage. Nous pensons que c'est ainsi que Pothier eût résolu la question sous l'empire du Code.

Cependant Delvincourt, qui a suivi, sans le citer, l'opinion de Pothier, la motive sur ce que, dit-il, l'invention est une espèce d'industrie (1).

Sans doute les produits de l'industrie et du travail des deux conjoints entrent en communauté. Ce sont des fruits de la collaboration commune : chacun doit travailler de son côté pour mettre ses gains en commun. Si l'un d'eux, tandis que l'autre est occupé ailleurs, découvre un trésor dans le fonds d'autrui, la moitié, qui lui appartient à titre d'invention, tombe en communauté; car il n'y avait aucun droit à un autre titre.

Il n'en est pas ainsi du conjoint qui découvre le trésor enfoui dans son propre fonds : le trésor lui appartenait en entier, *jure soli*; l'article 716 le déclare expressément. C'est une conséquence de la maxime que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Loin de considérer cette invention comme une espèce d'industrie, l'art. 716 dit que c'est *le pur effet du hasard*. La découverte d'une mine, et surtout son exploitation, pourraient être, avec plus de raison, considérées comme une industrie. Cependant, si la découverte et l'exploitation sont postérieures au mariage, le produit n'entre pour aucune partie dans la communauté. Pourquoi donc la moitié du trésor qu'il découvre y entrerait-elle? Supposons que le trésor soit découvert par le propriétaire en exploitant la mine; pourquoi la moitié de celui-ci tomberait-elle en communauté, plutôt que la moitié de celle-là (2)?

132. Nous venons de voir que tous les meubles présents et futurs des conjoints entrent dans l'actif de la communauté légale, suivant la règle générale établie par le Code, sauf les exceptions que nous avons indiquées. Maintenant, après avoir préalablement expliqué quelques termes, autrefois techniques en cette matière, nous allons examiner les règles qu'il établit relativement aux immeubles qu'il fait entrer en communauté, ou qu'il en exclut.

Dans l'ancienne législation on appelait *conquêts* ou *acquêts* les immeubles acquis pendant le mariage, et qui entraient en communauté. La première de ces expressions, employée par la coutume de Paris, art. 220, signifie proprement une acquisition faite en commun, et désigne plus spécialement que c'est le produit d'une collaboration commune. Les *conquêts* étaient opposés aux *propres* de communauté, c'est-à-dire aux biens qui en étaient exclus. Les *acquêts* étaient opposés, tant aux *propres* de communauté, qu'aux *propres* de succession, c'est-à-dire aux biens provenus au défunt *de cujus*, de l'une de ses lignes ou branches de parenté, à laquelle ils retournaient à sa mort, exclusivement aux parents des autres branches, même plus proches en degré, suivant la règle : *Paterna paternis, materna maternis*.

Mais n'existant plus aujourd'hui de propres de succession, que l'on puisse opposer aux acquêts faits par le suppôt commun des deux familles, dans le partage de la succession, le Code se sert indifféremment de ces expressions *acquêts* et *conquêts*, art. 1401 et 1408, qui, toutes les deux, ont la même signification en matière de communauté, et sont opposées aux *propres*, c'est-à-dire aux biens appartenant privativement à chaque conjoint, et dont les fruits entrent seuls dans la communauté, et non le fonds, à la différence des biens communs, acquêts ou conquêts, dont le fonds y entre aussi bien que les fruits et revenus.

Le Code semble avoir évité de se servir du mot de *propres*, que nous emploierons néanmoins au besoin, parce qu'il signifie seul ce qu'on ne peut autrement exprimer que par une périphrase, les immeubles de chaque conjoint qui sont exclus de la communauté.

133. Après cette explication, revenons aux règles établies par le Code sur les immeubles qui entrent en communauté, ou qui en sont exclus. Elles sont comprises dans les articles suivants :

Art. 1401. « La communauté se compose activement..., de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. »

Art. 1402. « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la *propriété*, ou la *possession légale*, antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. »

Art. 1404. « Les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, ou qui leur échoient pendant son cours à titre de succession, n'entrent point en communauté. »

Les dispositions de ces articles se réduisent à ces trois règles fort simples en apparence :

1° Tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent dans la communauté légale.

(1) T. 3, p. 238 de la 3e édition. *Voy.* Pothier; Dalloz, *ubi supra*, n° 83; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 133.

(2) *Contra* Delvincourt; Demante, dans la *Thémis*, t. 8, p. 181; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 133. Dalloz, *ubi supra*.

2° Tous les immeubles dont l'un des conjoints avait la propriété ou la possession, au jour du mariage, ou qui lui sont échus depuis à titre de succession ou de donation, lui sont propres, et n'entrent point en communauté.

3° Tout immeuble existant dans la masse des biens est réputé acquêt, si le contraire n'est pas prouvé.

134. Nous expliquerons successivement ces trois règles. La première fait entrer dans la communauté légale tous les immeubles acquis pendant le mariage. Acquérir, c'est se procurer la propriété d'une chose à quelque titre et par quelque moyen que ce soit. Mais, à cette règle générale, le Code fait plusieurs exceptions qu'il faut parcourir et examiner.

1° Les immeubles qui échoient aux époux pendant le cours du mariage, à titre de succession, n'entrent point en communauté. (Art. 1404.)

Cette première exception ne comprend pas seulement les immeubles corporels, réellement possédés avant sa mort par le défunt, dont l'un des époux recueille la succession ; elle comprend encore le droit, l'action ou le titre en vertu duquel le défunt pourra en devenir propriétaire, et en vertu duquel le conjoint héritier l'est ensuite devenu pendant le mariage : car ce droit ou cette action est un *immeuble* incorporel, qui appartenait au défunt. (Art. 526.) C'est ici l'une des nombreuses applications de la règle : *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* (L. 15, ff. *de reg. jur.*)

Il suffit, au reste, qu'un immeuble ait été dans la possession du défunt pour être exclu de la communauté, sans que le conjoint, qui le recueille dans la succession, soit tenu de prouver que son auteur en était propriétaire (1).

Mais si, pour conserver cet immeuble au conjoint héritier, il est tiré de la communauté quelque somme donnée à un tiers, qui prétendait l'en évincer, la récompense en est due, en vertu de l'art. 1437.

Nous reviendrons sur ce point, ainsi que sur d'autres questions que peut faire naître cette première exception.

134 *bis*. Les immeubles venus de l'un des conjoints, par retrait successoral, n'y entrent point également, par deux motifs : l'un, que ce retrait est un droit de succession (art. 841); l'autre, que c'est une acquisition faite de portion d'immeubles dont l'un des époux était propriétaire par indivis. (Art. 1408.)

135. 2° La seconde exception est relative aux biens acquis par donation pendant le mariage. L'art. 1405 porte : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites, pendant le mariage, *qu'à l'un des deux époux*, ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté. »

Cette disposition est de droit nouveau. Elle est diamétralement contraire à l'art. 246 de la coutume de Paris, qui faisait entrer en communauté les immeubles donnés à l'un des conjoints par un étranger, ou même par un parent collatéral, à moins que la donation ne fût faite à la charge que l'immeuble donné serait *propre au donataire*.

Ce changement dans la législation passa sans contradiction, parce qu'il était fondé sur la raison. Il est en effet plus naturel de présumer qu'un donateur qui limite sa libéralité à la personne de l'un des conjoints, sans parler de l'autre, n'a pas la volonté de donner à celui qu'il passe sous silence la moitié des immeubles donnés, ou même éventuellement la totalité, dans le cas où la femme donataire se trouverait obligée de renoncer à la communauté.

Bien plus : en faisant entrer en communauté l'immeuble donné à la femme seule, la coutume de Paris donnait réellement, quoique implicitement, au mari, le droit de le vendre sans le concours de la femme. Or, n'est-il pas contraire à la raison de penser que celui qui, par une prédilection spéciale, a donné à la femme seule un immeuble, en ait voulu donner tacitement la moitié au mari, et éventuellement la totalité avec le droit de le vendre? La disposition nouvelle du Code nous paraît donc une véritable amélioration dans la jurisprudence.

Remarquez, comme nous l'avons dit, que l'article 1405, qui ne fait point tomber en communauté les donations d'immeubles qui ne sont faites, pendant le mariage, *qu'à l'un des deux époux*, est une exception à la règle générale, qui y fait entrer tous les immeubles acquis pendant le mariage, à quelque titre que ce soit. Or, comme il est de la nature des exceptions de ne pouvoir être étendues au delà des termes de la disposition qui les a faites, il faut en conclure que les donations d'immeubles faites conjointement aux deux époux pendant le mariage rentrent sous la règle générale, et qu'elles tombent dans la communauté, à moins que le contrat ne contienne le contraire, expressément ou équivalemment (2). Par exemple, s'il était dit que la donation est faite aux deux époux, chacun pour une moitié, le sens naturel d'une pareille clause est que le donateur a voulu que les immeubles donnés soient propres aux conjoints, chacun pour une moitié ; car on ne suppose pas

(1) Toulouse, 23 avril 1827; mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 189.

(2) La preuve testimoniale ne peut être admise pour établir qu'un immeuble d'une valeur de plus de 150 fr. a été *acquis* avant le mariage, mais on peut établir par témoins que l'un des conjoints en avait *la possession légale*. Liége, 5 juin 1839 (*J. de Belg.*, 1840, p 378).

de clause inutile dans un acte, et si le donateur avait voulu que les immeubles tombassent dans la communauté, il était inutile d'ajouter chacun pour une moitié.

136. L'art. 1405 s'applique à plus forte raison aux donations d'immeubles qui ne sont faites qu'à l'un des futurs, par contrat de mariage, puisque le contrat doit précéder le mariage. Ainsi, les immeubles donnés à l'un des futurs en faveur du mariage lui sont propres sans aucun doute, à moins que le contrat ne contînt une clause contraire.

137. Si le don par contrat de mariage était fait aux deux futurs, les immeubles donnés n'en seraient pas moins exclus de la communauté : ils seraient propres à chacun des futurs conjoints pour une moitié; ce seraient des biens indivis, et non des conquêts ou biens communs; ce qui est fort différent, car le mari ne pourrait disposer seul de la moitié appartenant à sa femme; et en cas de renonciation à la communauté, celle-ci ou ses héritiers reprendraient cette moitié comme ses autres propres; au lieu que si les immeubles donnés aux deux futurs conjoints entraient en communauté comme conquêts, le mari pourrait les aliéner en totalité sans le concours de la femme, et s'il ne les avait pas aliénés, la femme ni ses héritiers, en cas de renonciation, n'y pourraient prendre aucune part. (Pothier, n° 170.)

138. Quoiqu'il fût dit dans le contrat de mariage que la donation est faite *aux futurs époux*, si l'un d'eux était l'enfant ou même l'héritier présomptif du donateur, on présumait facilement, sous l'ancienne jurisprudence, que ce dernier n'avait réellement voulu gratifier que son héritier présomptif, et qu'il ne s'était servi de ces mots, *aux futurs époux*, qu'en considération de la jouissance de l'héritage donné, qui devait être commune aux deux époux pendant le mariage. L'héritage était donc pour la totalité propre de communauté. (Pothier, n° 170.) C'est une présomption fondée sur les sentiments naturels du cœur humain.

139. Elle est même si forte que nos meilleurs auteurs vont même plus loin : ils pensent que si, en mariant une fille, le père ou autre parent dont elle est présomptive héritière déclare dans le contrat donner un héritage *en faveur de mariage au futur époux*, sans parler de la future, il faut néanmoins présumer que le donateur n'a voulu gratifier que la future épouse, et non pas le futur en son privé nom, mais seulement en qualité de mari, et comme ayant par ce titre qualité pour accepter et recevoir un don, considéré comme la dot de sa femme future; car la qualité de futur époux d'une héritière présomptive du donateur annonce que le don n'est que la dot de l'épouse, à qui elle demeurera propre, s'il n'est pas dit dans la donation qu'elle est faite au futur pour lui et les siens.

C'est ce qu'enseigne Pothier, n° 170. Il cite à l'appui de sa doctrine l'oracle du droit français, Dumoulin, qui, dans l'espèce de la donation d'une maison, faite au futur époux dans le contrat de mariage, par le père de la future épouse, dit : *Quamvis verba non concipiantur in filiam, sed in futurum generum, nisi specialiter dicatur genero pro se et suis, non censetur ei data in sponsalitiam largitatem; sed in dubio, censetur ei datam in dotem, et pro dote sponsæ... Videtur ipsi mulieri dare, non autem viro, nisi in qualitate viri... manet ergo dotalis, et proprium patrimonium filiæ* (1).

Cette présomption si naturelle était même érigée en présomption légale par l'art. 345 de la coutume du Maine, qui porte : « Donation » faite en faveur de mariage d'héritier ou d'hé» ritière présomptive du donneur..., supposé » qu'elle fût faite *aux deux conjoints*, ou *à celui* » *d'eux qui n'est héritier du donneur*, est vue » être faite en faveur du parent ou parente du » donneur, etc. »

On trouve la même disposition dans l'art. 333 de la coutume d'Anjou. « Dans les autres cou» tumes, dit Pothier, il est laissé à l'arbitrage » des juges à décider, par les circonstances, à » qui la donation doit être présumée faite. »

140. On ne trouve rien dans le Code sur cette présomption, admise par nos meilleurs auteurs et par nos coutumes, pour interpréter les donations faites en faveur de mariage à l'héritière présomptive ou à son futur; mais n'est-ce point le cas d'appliquer l'art. 1156, qui nous dit qu'on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été l'intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes? Lorsqu'un père donne un héritage à son gendre en faveur du mariage, sans ajouter : *pour lui et les siens*, comme dit Dumoulin, et sans donner une autre dot particulière à sa fille, il est si naturel de croire que cet héritage est la dot de la fille, que si cette présomption n'est pas combattue par quelques circonstances capables de la détruire, l'esprit s'y abandonne presque invinciblement.

Objecterait-on que l'art. 1353 ne permet aux magistrats de se déterminer par des présomptions, que dans le cas où la preuve testimoniale est admise? Rien de plus vrai lorsqu'il s'agit de prouver l'existence des conventions, des faits contraires à ce qui est contenu dans les actes, ou ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis.

Mais, lorsqu'il ne s'agit que d'interpréter une convention, l'art. 1156 dit positivement qu'il faut rechercher l'intention des parties, plutôt que de s'arrêter *au sens littéral des termes*. Or, comment prouver une intention qui n'est pas d'accord avec le sens littéral, autrement que par des présomptions tirées de la nature de

---

(1) Dumoulin, sur l'art. 78 de la coutume de Paris, nos 100 et 101.

l'acte, et des qualités des parties, puisqu'on ne peut la prouver par témoins? Il faut bien qu'il y ait des cas où la disposition de l'art. 1156 puisse avoir son application. Où trouvera-t-on un cas plus favorable? L'art. 1353 nous parait donc ici sans application, et il nous semble qu'un arrêt qui jugerait que l'héritage n'a été donné que pour la dot de la fille, par le motif qu'il n'a point été donné personnellement au gendre, pour lui et les siens, mais en sa seule qualité de futur époux de la fille, à laquelle, d'ailleurs, il n'a point été donné aucune autre dot; enfin parce que, suivant l'art. 1156, on doit chercher l'intention des parties plutôt que le sens littéral des termes, et que cette intention est assez manifestée par les circonstances; il nous paraît, nous le répétons, qu'un arrêt ainsi motivé ne pourrait éprouver la rigueur de la censure, et être cassé; comme aussi, il ne pourrait l'être s'il jugeait en sens contraire, en suivant le sens littéral des termes de l'acte. Disons donc, comme Pothier, guide principal des rédacteurs du Code, que « il est laissé à l'arbi» trage des juges de décider, par les circon» stances, à qui la donation doit être présumée » faite. »

141. Si le don était fait, par exemple, à la future épouse, par le père du futur, ou par un parent dont il était présomptif héritier, il est facile de voir qu'il n'y a plus les mêmes raisons pour présumer que la donation est faite au futur époux, quoique l'acte ne parle que de la future. A la vérité, les coutumes du Maine et d'Anjou ne distinguaient point; mais elles sont aujourd'hui sans autorité, et il est beaucoup plus naturel de croire que le donateur a voulu réellement faire à la future un avantage, sans lequel, peut-être, le mariage n'aurait pas eu lieu, que d'imaginer, sans raison, que l'avantage est fait au futur sous le nom de la future.

142. En excluant de la communauté l'immeuble donné à l'un des conjoints pendant le mariage, l'art. 1405 laisse au donateur la faculté de stipuler *expressément* que la chose donnée appartiendra à la communauté. Nous avons déjà parlé de cette clause, *supra*, nos 115 et suivants, dans le cas où elle a pour objet d'exclure de la communauté une donation mobilière, et de rendre les choses données propres au donataire. Il est toujours au pouvoir du donateur de mettre à sa libéralité telles conditions ou restrictions que bon lui semble, pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux lois, ni aux bonnes mœurs. Tel est le principe.

Mais on demande si, en donnant un immeuble à la femme, le donateur peut mettre la condition qu'elle en recevra seule les fruits ou revenus sur ses quittances? Nous demandons, à notre tour, pourquoi il ne le pourrait pas. Le savant professeur de Dijon (1), Proudhon, n'en doute point, et il tient que « la disposition faite sous cette condition n'a rien de contraire aux lois, et doit recevoir sa pleine exécution, tant sous le régime de la communauté légale, que sous celui de la communauté conventionnelle, ou du régime dotal, quand même les futurs se seraient engagés, par leur contrat de mariage, à apporter en communauté les revenus de tous leurs biens présents et à venir, ou que la femme se serait constitué en dot tous ses biens présents et à venir, en sorte qu'elle eût renoncé par là à avoir des biens paraphernaux (2). »

Delvincourt, tome 3, page 259, pense, au contraire, que la condition que la femme recevra seule les revenus de l'immeuble donné a bien l'effet d'empêcher les revenus d'entrer en communauté, et d'obliger le mari de les rendre à la dissolution du mariage; mais il pense en même temps que cette condition ne lui donne pas le droit de recevoir elle-même les revenus de l'immeuble, parce qu'il « lui semble que cette clause serait une dérogation aux conventions matrimoniales, dans le sens qu'elle donne à la femme un droit qui lui est refusé par son contrat de mariage, et qu'elle lui facilite les moyens de se soustraire à la dépendance conjugale. »

Il nous semble impossible de partager cette opinion, et nous embrassons, sans hésiter, celle du savant Proudhon. Il est certain que la condition qui permet à la femme de jouir d'une partie de ses biens, et de les administrer, n'a rien de contraire, soit aux dispositions du Code sur le régime de la communauté légale ou conventionnelle, ou même au régime dotal, soit aux devoirs respectifs des époux et à la puissance maritale : le Code permet à la femme, sous l'un et l'autre régime, de se réserver la jouissance et l'administration, même de la totalité de ses biens. (Art. 1536.) Une pareille stipulation n'a donc rien de contraire à la *dépendance conjugale,* telle que le Code l'entend et a voulu l'établir. Il est vrai que cette réserve ne pourrait être faite par les époux depuis les conventions matrimoniales, auxquelles ils ne peuvent rien changer depuis le mariage. (Art. 1395.)

Mais les époux n'y dérogent en rien, lorsque c'est un tiers donateur qui ne donne à la femme que sous la condition expresse que l'immeuble donné lui sera propre, et qu'elle en jouira seule. Si le mari refusait d'autoriser la femme à accepter un pareil don, elle pourrait, sur son refus, s'y faire autoriser par la justice, parce qu'il n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs. Nous persistons donc à penser, avec

(1) *Voy.* son *Traité de l'usufruit*, t. I, no 360.

(2) *Voy.* dans ce sens Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), no 150; Paris, 27 janvier et 27 août 1835. *Contra* Bellot, t. 1, p. 300.

Proudhon, que cette condition est valable et doit être observée.

Si le mari avait autorisé la femme à accepter la donation, elle serait par là suffisamment autorisée à recevoir sous ses quittances; dans le cas contraire, elle s'y ferait autoriser par justice.

Il faut remarquer que si la donation était entre-vifs, la condition que la femme recevra seule le revenu de l'immeuble donné devrait être insérée dans l'acte même, ou du moins imposée avant que la donation fût parfaite par l'acceptation: car le donateur, étant alors dépossédé de tout droit sur l'immeuble, n'aurait plus celui d'imposer aucune condition à la translation de propriété, déjà irrévocablement transférée par l'acceptation. (Art. 938.)

145. Du principe que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent dans la communauté, nous venons de voir que l'art. 1405 excepte, par une disposition nouvelle, les immeubles qui ne sont donnés qu'à l'un des conjoints. La loi présume qu'en n'adressant sa libéralité qu'à l'un des deux époux, le donateur a suffisamment manifesté la volonté de n'y pas faire participer l'autre, à moins qu'il n'ait exprimé le contraire, en ajoutant que la chose donnée appartiendra à la communauté.

Nul doute sur ce point, à l'égard des donations purement gratuites; mais en est-il de même des donations onéreuses, faites, par exemple, pour remplir le donataire de ce que lui devait le donateur, ou à la charge de payer ses dettes?

Il est certain qu'un pareil contrat, de quelque nom qu'il soit qualifié, de cession, donation, abandon, etc., est une aliénation à titre onéreux, et présente l'idée d'une vente; mais il n'en est pas moins vrai que si les charges sont inférieures à la valeur connue des immeubles cédés, ce qui est toujours présumable, sans quoi le cessionnaire n'accepterait pas, et que le propriétaire ait eu la volonté de gratifier le cessionnaire du surplus, comme il paraît le manifester, surtout quand il se sert du mot de donner à la charge de, etc., l'acte contient une véritable libéralité, plus ou moins considérable, en proportion du plus ou du moins d'infériorité des charges. L'art. 945 dit un mot de ces donations, qu'il déclare nulles lorsque le donateur se réserve la faculté d'en augmenter les charges depuis la perfection du contrat.

Si donc l'on suivait rigoureusement la conséquence de la disposition qui exclut de la communauté les immeubles qui ne sont donnés pendant le mariage qu'à l'un des deux conjoints, il semble qu'on devrait dire aussi que les charges ajoutées au don, ne changeant pas la volonté manifestée par le donateur de ne gratifier que l'un des conjoints, ne doivent pas changer non plus, relativement à la communauté, la qualité de propres ou d'acquêts des immeubles donnés, cédés ou abandonnés, et qu'ils doivent demeurer propres au conjoint cessionnaire, sauf toutefois récompense ou indemnité, si les charges dont ils sont grevés sont imputées des deniers de la communauté.

Mais sur ces contrats, d'une nature vraiment mixte, qui participent de la vente et de la donation, il paraît qu'on suivait en France la doctrine d'Ulpien, qui enseigne que si le vendeur ou le cédant a voulu gratifier l'acheteur en fixant le prix à une somme inférieure à la valeur des biens, le contrat n'en est pas moins considéré comme une vente, sans égard à l'infériorité plus ou moins grande du prix : « *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: toties enim dicimus in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est; quoties vero viliore pretio, res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere.* » (L. 38, ff. *de contrah. empt.*, 18, 1.)

Il est néanmoins vrai que le contrat n'est point en ce cas purement et entièrement un contrat de vente, mais un contrat d'une nature mixte, qui tient plus ou moins de la donation, suivant l'infériorité plus ou moins grande du prix. Ulpien lui-même le reconnaît, en ajoutant qu'entre époux le contrat est nul : « *Hoc inter cœteros, inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta, pretio viliore nullius momenti est.* »

De même, sous l'empire du Code, un contrat de cette nature, fait en faveur d'un incapable, pourrait être considéré comme une donation simulée, et en cette qualité annulé.

Mais quand il s'agit de savoir si les biens acquis en vertu d'un pareil contrat sont propres ou acquêts de communauté, nos législateurs ont préféré de le considérer comme une vente, pour faire entrer les biens dans la communauté, suivant le principe général que tous les biens acquis pendant le mariage sont réputés acquêts de communauté.

Le Code n'a cependant point consacré par un texte formel le principe posé par Ulpien, que la cession faite *viliore pretio* est en général considérée comme une vente; mais ce qui prouve que nos législateurs regardaient ce principe comme adopté en France, c'est que la disposition de l'art. 1406 n'en est évidemment qu'une exception. Il porte :

« L'immeuble abandonné ou cédé *par père, ou mère, ou autre ascendant*, à l'un des époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté, sauf récompense ou indemnité. »

Cette disposition est une troisième exception au principe que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent en communauté.

De cette disposition, si spécialement limitée à l'immeuble cédé ou abandonné à l'un des

époux par ses ascendants *in solutum*, ou à la charge de payer leurs dettes, on peut conclure avec confiance que si l'immeuble était cédé ou abandonné aux mêmes conditions à l'un des époux par un étranger, ou même par un parent collatéral, dont le donataire serait héritier présomptif, il entrerait en communauté, suivant la règle générale qui y fait entrer tous les immeubles acquis pendant le mariage.

Car c'est lorsqu'une disposition contient une exception à la règle générale, qu'on peut avec certitude conclure, *a contrario*, qu'il ne faut pas étendre cette exception à d'autres cas : on peut alors appliquer le brocard, si souvent invoqué mal à propos, et si peu concluant dans les autres cas : *Qui dicit de uno negat de altero.*

144. Nous avons vu, *supra*, que tous les meubles échus à l'un des conjoints, même par donation, pendant le mariage, entrent en communauté, *si le donateur n'a exprimé le contraire.* (Art. 1401, n° 1.) Mais si, au lieu de la somme promise par l'acte de donation, sans exprimer qu'elle n'entrerait point en communauté, le donateur donne un immeuble au conjoint donataire, cet immeuble entrera sans contredit en communauté ; car il est donné en payement d'une somme mobilière. Or la dation en payement est un acte équipollent à la vente : *Hujusmodi contractus, vicem venditionis obtinet.* (L. 4, Cod., *de evict.*, 8, 45.)

145. Si la dation d'un immeuble en payement d'une somme promise était faite par un ascendant donateur de la somme, il faudrait appliquer l'art. 1405 ; l'immeuble n'entrerait point en communauté, sauf la récompense de la somme au lieu de laquelle il a été donné. C'est aussi l'avis de Pothier. Mais il se fonde sur des motifs qui sont sans force sous l'empire des lois nouvelles.

Cette différence, entre le don d'un immeuble fait par un ascendant, en payement d'une somme mobilière qu'il doit à son enfant ; et le même don fait par un étranger ou même par un collatéral, dont l'époux donataire est héritier présomptif, trouve sa source dans le grand principe que les dons faits par un ascendant sont toujours considérés comme des avancements de succession sur des biens dont les enfants étaient, en quelque sorte, copropriétaires avec leurs père et mère. *Voy.* tome 2 (IV, éd. fr.), n° 121. On ne regardait point autrefois les successions directes comme des mutations de propriété. Les enfants, à la mort du père de famille, étaient censés continuer une ancienne propriété, et prendre la libre administration des biens d'une société dont le père était l'administrateur : *In suis hæredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hæreditas fuisse ; quasi olim hi domini essent qui etiam, vivo patre, quodam modo domini existimantur.* (L. 11, ff. *de lib. et posth.*, 28, 2.)

Aussi, l'édit du mois d'août 1706 déchargea du droit de centième denier qui, comme le droit d'enregistrement d'aujourd'hui, était perçu à chaque mutation de propriété, les immeubles échus par succession directe (1). Mais la loi du 5 décembre 1790, sanctionnée le 19, les soumit au droit d'enregistrement, comme les successions collatérales.

Les conventions par lesquelles un ascendant abandonnait des biens pour demeurer quitte envers ses enfants, ou pour payer ses dettes, étaient considérées comme des arrangements de famille, comme des successions anticipées, plutôt que comme des acquisitions. Si l'arrangement n'avait pas eu lieu, l'époux cessionnaire aurait trouvé l'immeuble dans la succession de son ascendant, et alors il eût été propre de communauté.

146. Mais si l'ascendant vend un immeuble à l'un de ses enfants mariés, auquel il ne doit rien, l'immeuble est un acquêt de communauté. Ce n'est plus alors un arrangement de famille, ce n'est qu'un contrat ordinaire qui peut avoir lieu entre toutes personnes. Le père est présumé avoir traité avec son enfant comme avec un étranger.

Si cependant la vente faite à un successible était faite à fonds perdu ou avec rétention d'usufruit, il nous semble que l'immeuble serait réputé propre, et n'entrerait point en communauté, par argument de l'art. 918.

147. L'art. 1407 contient encore une exception au principe que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent en communauté. Il porte : « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange, contre l'immeuble appartenant à l'un des époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf récompense s'il y a soulte. »

Subroger, c'est mettre une chose ou une personne à la place d'une autre chose ou d'une autre personne. Il ne s'agit point ici de la subrogation des personnes, nous en avons parlé tome 4 (VII, éd. fr.) ; mais de la subrogation des choses, qui a lieu lorsque la chose mise à la place d'une autre a ou est réputée avoir les mêmes qualités, et laisse au nouveau propriétaire et à ses héritiers ou ayants cause les mêmes droits qu'il avait sur la chose dont elle a pris la place.

148. Cette subrogation des choses à d'autres choses faisait naître beaucoup de questions et de difficultés dans l'ancienne législation, où on l'appliquait à la matière des successions, pour savoir si et quand la subrogation conservait aux choses subrogées la qualité de propre en faveur des héritiers de différentes lignes, si elles étaient soumises à l'exercice du droit d'aînesse, etc. ; mais heureusement ces questions sont aujour-

(1) *Voy.* le *Nouveau Denisart*, v° *Centième denier*, n° 4, p. 565, col. B.

d'hui sans objet. Elles ne peuvent plus naître depuis la loi du 17 nivôse an II, qui abolit, art. 62, pour les successions *ab intestat*, toute distinction entre les propres et les acquêts, comme entre les meubles et les immeubles.

Il ne peut plus être question de la subrogation des choses qu'à l'égard de la communauté légale, pour savoir si la chose subrogée à une autre conserve la qualité de propre de communauté; et notre art. 1407 veut que l'immeuble acquis par échange soit subrogé à l'immeuble appartenant à l'un des conjoints contre lequel il a été échangé. Ce genre de subrogation par échange est l'un des plus naturels qu'on puisse imaginer; il était admis dans le droit coutumier, en matière de succession et de retraits lignagers, par l'art. 143 de la coutume de Paris, suivie en ce point comme droit commun (1). Il l'était à plus forte raison en matière de communauté, pour conserver à l'héritage reçu en échange la qualité de propre de communauté, qu'avait l'immeuble donné en contre-échange.

Pothier, n° 197, fonde cette subrogation sur une fiction. Nous avons fait voir, tome 2 (IV, éd. fr.), n° 189, l'illusion des fictions légales, en démontrant que la représentation n'est point une fiction, mais une disposition de la loi. La fausseté de cette doctrine des fictions est surtout palpable dans la disposition de l'art. 1407. Comment apercevoir l'ombre même d'une fiction dans une disposition qui se borne à exclure de la communauté l'immeuble reçu en échange d'un immeuble appartenant à l'un des époux? disposition, d'ailleurs, qui n'est qu'une suite nécessaire des articles précédents. Le § 1er de la présente section traite *de l'actif de la communauté légale;* il explique comment elle se compose, tant en meubles qu'en immeubles. L'article 1401 y fait entrer tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. L'art. 1404 en exclut les immeubles que possédaient les époux au jour de la célébration du mariage.

Or ils ne possédaient pas alors les immeubles acquis depuis le mariage à titre d'échange contre ceux qu'ils possédaient auparavant. Fallait-il les faire entrer dans la communauté? La justice s'y oppose évidemment. Ce serait enrichir la communauté aux dépens du conjoint à qui appartenait l'immeuble donné en contre-échange. Il fallait donc, pour sauver cette injustice, lui laisser la propriété de l'immeuble reçu dans la place de l'immeuble donné en échange. Rien n'était plus naturel. C'est ce qu'a fait l'article 1407, où il est impossible d'apercevoir aucune espèce de fiction.

149. L'article ajoute que si l'échange ne s'est opéré qu'au moyen d'une soulte, il est dû récompense de la somme prise dans la communauté pour la payer. Ce qui est encore de toute justice, et conforme au principe général établi par l'art. 1437. Il est également dû récompense des frais de contrat et autres pris sur la communauté.

Mais l'immeuble reçu en contre-échange, moyennant une soulte, deviendra-t-il conquêt au prorata de la somme payée pour la soulte? Non, sans doute, puisque, suivant l'art. 1407, il est dû récompense pour cette soulte. Ainsi, l'immeuble reçu en échange, quoique d'une plus grande valeur que l'immeuble aliéné, n'en est pas moins propre de communauté pour la totalité. C'est aussi l'opinion de Pothier, n° 197, celle de d'Argentré sur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, glos. 2, n° 3, de Lebrun, liv. 3, chap. 2, sect. 1, distinct. 1, nos 4 et suiv.; de Duplessis, etc. Ils se fondent sur ce que la soulte, n'étant que l'accessoire du contrat, ne doit pas en changer la nature.

Pothier modifie cette opinion, en ajoutant que si la soulte était considérable, égale, par exemple, ou supérieure à la valeur de l'héritage donné en échange, on ne pourrait se dispenser de considérer le contrat comme mixte, mêlé de vente et d'échange, et, en conséquence, l'héritage serait conquêt, au prorata de la somme donnée pour soulte, et propre pour le surplus.

Cette distinction, qui pouvait avoir quelque couleur avant la promulgation du Code, n'en peut plus avoir, ce semble, aujourd'hui qu'elle a été tacitement rejetée par l'art. 1407, où est établie la règle générale « que l'immeuble acquis à titre d'échange n'entre point en communauté, *sauf la récompense s'il y a soulte,* » sans distinguer si la soulte est plus ou moins considérable.

Les rédacteurs du Code n'ont point admis cette distinction, qu'ils trouvaient cependant dans Pothier, leur guide ordinaire, et en ne l'admettant pas, ils sont censés l'avoir rejetée; car ils tenaient pour maxime « qu'il n'est pas permis de distinguer, lorsque la loi ne distingue pas, et que les distinctions qui ne sont pas dans la loi ne doivent point être suppléées (2). » C'est dans ces principes que le Code a été rédigé (3).

On doit les appliquer, surtout lorsqu'il se présente des motifs sages pour repousser la distinction proposée. Celle de Pothier occasionnerait beaucoup d'embarras dans la pratique; elle entraînerait des expertises toujours incertaines;

(1) *Voy.* le *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), v° *Subrogation de chose*, sect. 2, § 3.

Les questions de subrogation sont d'autant plus importantes, sous l'empire du Code, qu'il n'accorde de récompense, pour les propres aliénés, que sur l'argent comptant et les meubles; au lieu que si la chose subrogée, en cas qu'elle existe à la dissolution du mariage, appartient en pleine propriété à l'un des conjoints, il peut la reprendre en nature.

(2) Tit. 5, art. 7, du livre préliminaire du projet de Code.

(3) Mais *voy.* Zachariæ, § 507, note 42.

en un mot, des contestations et des procès, que le Code a sagement prévenus par une disposition générale, qui ne cause aucun préjudice à la communauté, puisqu'elle est récompensée de tout ce qu'on y a pris pour payer la soulte.

150. Delvincourt, tome 3, page 247, note 3, propose la même distinction que Pothier; mais il en tire une tout autre conséquence. Il pense que l'immeuble acquis par échange est conquêt et entre en communauté pour la totalité, si la soulte est *considérable,* c'est-à-dire, suivant lui, *à peu près* égale à la valeur de l'objet reçu, sauf une indemnité, en faveur de l'époux, d'une somme égale à la valeur de l'objet donné en contre-échange.

Cette opinion, outre qu'elle prête à l'arbitraire du juge, pour déterminer, *par à peu près,* l'égalité de valeur de la soulte et de l'objet reçu, et qu'elle entraine, dans la pratique, des expertises qui peuvent occasionner des frais, des contestations et des procès, qu'on a voulu prévenir, nous paraît diamétralement contraire au texte et à l'esprit de l'art. 1407, qui veut que l'immeuble reçu soit subrogé dans la place de l'immeuble donné en échange, sauf à récompenser la communauté, s'il y a soulte, tandis que, suivant Delvincourt, c'est la communauté qui devrait récompenser l'époux dont l'immeuble a été donné en échange (1).

Delvincourt prétend qu'il y a fraude dans le contrat d'échange, lorsqu'il y a une soulte considérable. Il nous semble que, quelque considérable que soit la soulte, il n'y a point de fraude, puisque la communauté est toujours récompensée des sommes qu'on y a prises, et qu'en attendant elle profite de tous les revenus de l'immeuble acquis à titre d'échange. Comment donc appeler fraude ce qui ne porte aucun préjudice à personne (2)?

151. Ce n'est pas seulement un immeuble qui peut être subrogé au lieu et place de l'immeuble appartenant à l'un des conjoints : des meubles même, ou des sommes d'argent, peuvent l'être.

Sous l'ancienne législation, où la subrogation était admise en matière de succession, la subrogation ne pouvait s'opérer d'un meuble ou d'une somme d'argent à la place d'un immeuble, parce que les meubles n'étaient pas susceptibles de la qualité de propres de succession. Par exemple, si un riche amateur de peinture avait échangé un domaine contre le beau tableau de David, célèbre chef de notre nouvelle école française, ce tableau n'aurait pu acquérir, par subrogation, la qualité de propre de ligne en matière de succession, parce qu'il n'y avait que les immeubles qui fussent susceptibles de la qualité de bien patrimonial et de propre en matière de succession.

Mais les meubles étant susceptibles de la qualité de propres de communauté, aussi bien que les immeubles, lorsque l'héritage de l'un des conjoints, propre de communauté, était aliéné durant le mariage, pour une somme d'argent ou d'autres choses mobilières, ces choses étaient, par subrogation, propres de ce conjoint, et n'entraient point en communauté, ou n'y tombaient qu'à la charge de la reprise au profit de ce même conjoint (3).

Cette subrogation était formellement prononcée par plusieurs de nos coutumes (4), dans le cas où le prix du propre vendu pendant le mariage était encore dû, en tout ou en partie, lors de sa dissolution; mais l'effet de cette subrogation était borné aux personnes du mari et de la femme, ou de leurs héritiers.

Il en résultait une chose qui peut devenir très-avantageuse pour la femme : c'est que le prix de son propre aliéné n'étant point encore payé à la mort du mari, si les dettes de la communauté la forçaient d'y renoncer, elle n'en était pas moins assurée de recevoir ce prix, sans avoir à craindre d'insolvabilité de la succession de son mari, ni d'être primée par aucun créancier; au lieu que si elle n'avait qu'une action en reprise ou récompense à exercer, comme dans le cas où le prix de son propre aliéné a été versé dans la communauté, l'insolvabilité de la succession de son mari peut la priver de tout ou de partie de la récompense.

152. Le Code civil ne prononce point, comme les coutumes, la subrogation formelle de la somme que doit l'acquéreur pour prix de l'immeuble de l'un des conjoints, aliéné pendant le mariage, au lieu et place de cet immeuble, mais il résulte, par une conséquence nécessaire

(1) Bellot, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, p. 213, approuve la distinction de Delvincourt : « Car, dit-il, il faut bien établir un terme, passé lequel ces sortes de contrats ne doivent plus être considérés comme échange. »

Et pourquoi? S'il fallait établir un terme, c'était à la loi de l'établir. Mais elle ne l'a pas voulu, par un motif très-sage, celui de prévenir les contestations et expertises que nécessite, dans la pratique, l'opinion de Delvincourt, d'ailleurs diamétralement contraire au texte de l'art. 1407.

(2) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 193; il propose par analogie l'application de l'art. 866 du Code civil.

(3) Pothier, *de la Communauté,* nº 197.

(4) Bourbonnais, art. 240; Maine, 311; Anjou, 296, qui porte :

« Si le mari et sa femme, ou l'un d'eux, avaient vendu leur propre héritage et patrimoine, ou partie d'icelui, dont leur fût due aucune somme de deniers au temps du décès de l'un d'eux, par l'acquéreur ou acquéreurs desdits héritages ou patrimoine, les deniers *qui en seront encore dus au temps dudit décès* reviendront et échoiront, pour le tout, à celui d'eux ou à ses hoirs devers lequel ledit héritage ou patrimoine vendu étoit mouvant, et seront iceux deniers *censés et réputés entre le survivant et les héritiers* du premier trépassé desdits mariés, *de la nature du propre héritage et patrimoine,* nonobstant qu'il y ait eu communauté entre ledit mari et la femme. »

de l'une de ces dispositions, que ce prix, lorsqu'il est encore dû à la dissolution du mariage, n'est point entré dans la communauté, et appartient, pour le tout, au propriétaire de l'immeuble aliéné ou à ses héritiers; autrement il n'obtiendrait aucune récompense de cette aliénation; car l'article 1433 porte que « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux..., *et que le prix en ait été versé dans la communauté,* le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu, etc. »

Donc si le prix de l'immeuble n'a pas été versé dans la communauté, par exemple, dans le cas où il est encore dû par l'acquéreur, il n'y a point de prélèvement à exercer; donc ce prix n'appartient qu'au propriétaire de l'immeuble vendu ou à ses héritiers. La conséquence nous paraît nécessaire. Elle s'applique également au cas où l'immeuble a été échangé contre un meuble précieux, comme le tableau du célèbre David, une parure de diamants, etc. Ce tableau, ces diamants n'entrent point en communauté et ne peuvent appartenir qu'à l'époux qui les a reçus en échange de ses immeubles personnels. Il les reprend donc en nature.

Elle s'applique enfin au cas où l'héritage de l'un des époux a été aliéné pour une rente (1) perpétuelle ou viagère. Nous traiterons ces questions avec plus d'étendue dans la section suivante, en parlant des récompenses et remplois dus aux conjoints (2).

153. Mais le Code civil, ne prononçant point, comme les coutumes, la subrogation expresse du prix de l'immeuble vendu au lieu et place de cet immeuble, nous ne pensons pas qu'on puisse étendre la conséquence de l'article 1433, jusqu'à faire considérer, ainsi que le font nos anciens auteurs, le prix de l'immeuble dû par l'acquéreur, comme ayant par subrogation la qualité immobilière qu'avait l'immeuble vendu, et nous pensons que ce prix n'est plus entre les mains de l'ancien propriétaire que ce qu'il est par sa nature, un meuble, une action mobilière, qui entre par conséquent dans la donation universelle des meubles, non-seulement lorsqu'elle est faite à des étrangers, comme l'enseignaient les anciens auteurs (3), mais encore lorsqu'elle est faite en faveur de l'autre époux; ce qu'ils niaient, parce que, suivant les coutumes, ce prix était *censé et réputé,* entre les époux, de même nature que l'immeuble aliéné. Le Code n'ayant point de disposition pareille, il en résulte que le prix de l'immeuble dû par l'acquéreur n'est plus qu'un meuble, et qu'il entre comme tel dans la donation que l'un des époux fait à l'autre de tous ses meubles, de même que l'action en reprise ou récompense, qui, n'étant que mobilière, entre également dans le don des meubles, comme nous l'avons vu *supra* (4).

154. L'immeuble acquis pendant le mariage est encore exclu de la communauté, lorsque l'acquisition en a été faite pour tenir lieu de remploi des sommes stipulées propres par le contrat de mariage, ou provenues du prix de l'aliénation faite, pendant le mariage, des immeubles propres des deux époux.

Mais nous renvoyons tout ce que nous avons à dire sur ce sujet à la section suivante, où le Code parle du remploi et des récompenses dues à l'un ou à l'autre des conjoints (art. 1433 et suivants), et nous passons à la dernière exception qu'a faite le Code à la règle que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent dans la communauté légale (5).

155. Cette exception se trouve dans l'art. 1408, qui porte : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou *autrement,* de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire *par indivis,* ne forme point un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. »

La disposition de cet article n'est point de droit nouveau. Elle s'était introduite par suite des principes du droit français sur la délégation des successions, sur la nature des partages, et sur celle de l'indivision, combinés avec les principes sur la nature de la licitation, empruntés du droit romain, et adoptés en France depuis longtemps.

En droit français, les héritiers légitimes sont saisis de plein droit de tous les biens, droits et actions du défunt (art. 724); c'est la maxime : *Le mort saisit le vif.* Leur propriété remonte au moment même du décès de leur auteur. S'ils sont plusieurs héritiers, tous sont également saisis; et comme la part de chacun ne peut être connue ni déterminée que par le partage, ils demeurent en attendant dans l'indivision, et le droit de chacun d'eux s'étend sur l'universalité et en même temps sur chaque partie des biens indivis, puisqu'il n'en est aucune à laquelle on puisse dire qu'ils n'aient pas droit : ils ont donc, suivant notre ancienne maxime, droit au tout et dans toutes les parties du tout : *totum in toto et totum in qualibet parte.* En sorte que, quelle que soit la partie qui écherra à chacun d'eux en

(1) Ne faudrait-il point exprimer que la femme accepte la rente en place de son propre? Bellot, t. 1, p. 202 et 203. Je crois que non. Il n'a pas senti la conséquence de l'art. 1433.

(2) En attendant, *voy.* Merlin, *Quest. de droit*, t. 5; Bellot, *de la Communauté*, t. 1, p. 197. *Voy.* Dalloz, v° *Communauté*, n° 363.

(3) Dupineau et Pocquet de Livonière, sur l'art. 296 de la coutume d'Anjou.

(4) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 363, et Dalloz, *ubi supra*, n° 364, entendent la disposition d'une manière plus large, et l'appliquent aux deux époux.

(5) Dalloz, *ibid.*, n° 365, Pothier, n° 626; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 357

partage, il n'acquerra point une propriété nouvelle; le partage ne fera que déterminer l'étendue de son droit antérieur. Il est censé avoir été, dès le moment du décès de l'auteur commun, propriétaire des biens compris dans sa lotie, et, par la même raison, censé n'avoir jamais été propriétaire des autres biens. (Art. 883.) Il n'y a point de mutation dans son titre (1); les biens qu'il reçoit, étant toujours des biens échus à titre de succession, ne peuvent entrer dans la communauté conjugale. (Art. 1404.)

Si, par la nature des biens, ils ne peuvent se partager commodément, il faut bien en venir à les vendre ou à les liciter, afin d'en partager le prix. (Art. 827.)

Mais si l'un des cohéritiers, marié sous le régime de la communauté, en demeure adjudicataire, ces biens changeront-ils de nature par cette adjudication? Seront-ils des conquêts de communauté? Ils le seraient sans doute, comme étant acquis pendant le mariage (art. 1401, n° 3), si nous n'avions pas adopté depuis longtemps les principes du droit romain sur les licitations. La licitation est un acte par lequel des cohéritiers ou d'autres copropriétaires par indivis, qui possèdent des biens communs qu'on ne peut partager, ou qu'ils ne jugent pas à propos de partager, conviennent entre eux que ces biens appartiendront, pour le total, à celui d'entre eux qui les portera à un prix plus élevé, à la charge de donner à chacun des autres, dans ce prix, la part qu'il a dans les biens communs.

Les licitations ayant le même objet que les partages qui se font par une division réelle des biens, *sectione corporum,* c'est-à-dire de faire cesser l'indivision, les Romains les regardèrent comme des actes qui tiennent lieu de partages et qui sont de la même nature. L'action de partage, *familiœ erciscundœ* ou *communi dividundo,* avait également pour objet, par sa nature, la division réelle des biens, SECTIONE CORPORUM, et la licitation que le juge pouvait ordonner, même d'office : *Familiœ erciscundœ judex... potest etiam, licitatione admissa, uni rem adjudicare.* (L. 22, § 1, ff. *famil. ercis-cund.*, 10, 2 (2).)

Partant de ces principes, nos jurisconsultes français donnèrent à la licitation les mêmes effets qu'aux actes de partage, et ils établirent en principe qu'elle n'est pas plus un titre d'acquisition que le partage ; qu'elle ne fait, comme lui, que déterminer les parts que chacun des licitants a dans les biens. La part de celui qui se rend adjudicataire par la licitation est déterminée aux héritages dont il est adjudicataire, à la charge de payer à ses consorts leur part dans le prix, par forme de retour, et les parts de ceux-ci sont déterminées aux portions du prix que leur doit l'adjudicataire ; et au moyen de l'effet rétroactif qu'on donne à la licitation comme aux partages, l'adjudicataire est censé propriétaire du total dès le principe de l'indivision, et n'avoir acquis aucune propriété nouvelle de ses consorts ou copropriétaires, lesquels sont censés remplis aussi, dès le principe, du droit indéterminé qu'ils avaient dans les biens communs par les portions du prix que leur doit l'adjudicataire ; et n'avoir jamais eu aucune part dans les biens licités (3)...

De ces principes on concluait que la licitation ne donnait point ouverture aux droits seigneuriaux de lods et ventes, et on le décidait ainsi dans le cas même où les héritages étant susceptibles de division, les copropriétaires jugeaient plus à propos de les liciter, soit que la licitation fût faite en justice, ou à l'amiable par un acte notarié, soit qu'elle fût faite entre les seuls copropriétaires, soit qu'on eût admis des étrangers à surenchérir, pourvu que l'un des copropriétaires demeurât adjudicataire (Pothier, n° 147); enfin, dans quelques termes que fût conçu l'acte qui faisait cesser l'indivision, quelque nom qu'on lui eût donné, et qu'on l'eût qualifié de vente, par exemple si l'un des copropriétaires vendait à l'autre sa portion indivise dans les biens communs. (Pothier, n° 148.)

On concluait des mêmes principes que les biens acquis par licitation étaient des propres, même de succession, s'il s'agissait de la licitation d'une succession indivise, et de communauté, s'il s'agissait de la licitation de biens indivis, acquis à quelque titre que ce fût avant le mariage.

Mais il faut remarquer que pour exempter les actes de licitation des droits seigneuriaux, on distinguait, d'un côté, si les copropriétaires étaient associés *primario et ab initio,* c'est-à-dire dès le principe de l'indivision, tels que les cohéritiers, les coacquéreurs, les deux époux ou leurs héritiers pour les acquêts de communauté; et de l'autre côté, ceux qui n'ont pas un même titre, un titre égal à ceux des autres consorts. Par exemple, un étranger qui a acquis la part d'un des consorts n'a pas un titre égal à ceux des autres consorts originaires : ainsi, lorsqu'il acquérait par licitation les portions de ces derniers, il devait les lods et ventes de cette acquisition, ne pouvant être regardé comme un associé *primario et ab initio* (4).

Ces principes de l'ancienne jurisprudence

(1) Au contraire, dans le droit romain, le partage était regardé comme une aliénation : « Divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit.» (L. 1, Cod., *communia utriusque judicii*, 3, 38.)

(2) *Junge* loi 1, Cod., *commun. divid.*, 3, 37. *Voy.* aussi le savant traité de Guyot, *sur les Licitations,* en tête du t. 1 de son *Traité des fiefs ;* le *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), v° *Licitation;* Pothier, *Traité de la communauté*, n° 145.

(3) *Voy.* Pothier, *ubi supra.*

(4) *Voy.* Duparc-Poullain, *Principes du droit,* t. 2, p. 237.

sur l'effet des licitations ont été consacrés par le Code, et appliqués à l'indivision provenue d'une succession commune, dans l'art. 883, qui porte : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui *échus sur licitation*, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

156. De plus, le Code, dans notre art. 1408, applique ces principes aux communautés conjugales, et les étend à tous les cas où l'un des époux était copropriétaire d'immeubles par indivis, à quelque titre et de quelque manière que ce fût avant le mariage, soit qu'il fût associé *primario et ab initio*, soit qu'il eût ou non un même titre, ou un titre égal à ceux des autres copropriétaires. L'acquisition de leurs portions faite pendant le mariage, *à titre de licitation ou autrement*, ne forme point un conquêt, mais un propre, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

Cette disposition si générale, si étendue, dispense d'examiner des questions sur lesquelles il s'était autrefois élevé du doute. Il suffit aujourd'hui, pour les résoudre, d'un fait à constater : l'un des époux était-il, avant le mariage, copropriétaire par indivis de l'immeuble acquis depuis ou pendant le mariage? L'acquisition ne forme point un conquêt, mais un propre de communauté, sauf récompense. Il n'importe de quelle manière il soit devenu copropriétaire, comme il n'importe aussi de quelle manière l'immeuble soit acquis pendant le mariage, à titre de licitation ou *autrement*, dit l'art. 1408; par exemple à titre de vente, de donation, etc. Il n'importe pas non plus que la licitation soit faite à l'amiable ou ordonnée par la justice; qu'on ait admis ou non des étrangers à surenchérir, pourvu que l'un des copropriétaires demeure adjudicataire en définitive. C'était un point reconnu dans l'ancienne jurisprudence : *Me obstat*, disait Dumoulin, *quod extraneus licitator fuerit admissus, quia victus fuit et repulsus; ex quo res remansit socio, et sic idem est et si solum inter socios fuisset licitatio.*

Il est même nécessaire d'appeler des étrangers à surenchérir, toutes les fois qu'il y a des mineurs intéressés à la licitation (art. 1687); ce qui n'a jamais empêché la licitation de produire son effet ordinaire, si un consort des mineurs reste adjudicataire, *quia extraneus victus fuit et repulsus.*

157. Par suite du même principe, si les créanciers de deux cohéritiers avaient saisi les portions indivises de leurs débiteurs dans les immeubles de la succession, on sait que l'article 2205 du Code leur défend de mettre ces portions saisies en vente avant le partage ou la licitation. Ils la provoquent, et le troisième cohéritier demeure adjudicataire du tout, à la charge de payer les deux tiers du prix aux créanciers de ses consorts. Il nous semble incontestable que les immeubles dont il est demeuré adjudicataire seront, suivant notre article 1408, des propres de sa communauté, sauf récompense. La présence des créanciers saisissants ne peut rien changer à la nature du contrat, puisqu'ils ont été désintéressés et repoussés par le troisième cohéritier demeuré adjudicataire. Cette décision nous paraît également conforme aux principes de Dumoulin et à ceux du Code.

158. Cependant un auteur très-estimable, Bellot des Minières, dans son *Traité du contrat de mariage*, tome 1, page 219, prétend que si l'immeuble indivis avait été adjugé *aux époux ou à l'époux, par suite de rente par décret*, il n'y aurait pas lieu à appliquer l'art. 1408. Il ajoute que *la jurisprudence est fixée à cet égard* par un arrêt de cassation, du 24 juillet 1816, et il renvoie encore à un autre de la cour de Paris, du 2 juin 1818, rapporté, dit-il, par Sirey, tome 19, page 142 (1).

Nous remarquons qu'en cet endroit on ne trouve point d'arrêt de la cour de Paris, du 2 juin 1818, mais un arrêt de la cour de Metz, du 28 novembre 1817, qui est vraisemblablement celui dont a voulu parler Bellot. Or ce prétendu arrêt de Paris, du 2 juin 1818, ne se trouve pas dans le *Recueil* de Sirey. Mais loin de fixer la jurisprudence sur la question qui nous occupe, l'arrêt de Metz a seulement jugé que l'immeuble acquis et non payé par la communauté, durant un premier mariage, ne peut, si l'un des époux convole, devenir acquêt de sa seconde communauté, nonobstant la stipulation contraire du second contrat de mariage, que l'immeuble deviendra acquêt de la seconde communauté, si elle paye le prix dû par la première.

La cour considéra qu'on ne peut admettre que les parties aient eu l'intention, et bien moins encore le pouvoir de faire une stipulation contraire à la disposition de la loi, et d'introduire, *à titre d'acquêt*, dans une seconde communauté, un immeuble qui formait un conquêt de la première, et dont la qualité et la propriété étaient irrévocablement fixées entre Gallez et l'enfant de son premier lit.

Quant à l'arrêt de la cour de cassation, du 24 juillet 1816, nous ne craignons point d'affirmer qu'il n'a ni décidé, ni voulu décider la question, et par conséquent qu'il ne peut fixer la jurisprudence sur ce point. Mais il ne suffit pas d'opposer une assertion contraire à celle d'un homme aussi distingué que Bellot; il faut en donner la preuve : nous la tirerons de l'espèce et des considérants mêmes de l'arrêt.

---

(1) *Contra*, Delvincourt, t. 3, p. 17, notes; Battur, t. 1, n° 239; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 200; Dalloz, v° *Communauté*, n° 134.

Marie-Antoinette de Villiers laissa en mourant trois enfants, qui acceptèrent sa succession sous bénéfice d'inventaire. Ses créanciers saisirent le domaine de Famechon, qui en dépendait; il fut vendu par adjudication, le 8 mai 1765, et l'un des trois enfants, Honorée de Joyeuse, femme d'Ecvilly, s'en rendit adjudicataire. Son mari étant mort, elle renonça à la communauté. Elle avait cinq enfants, dont plusieurs émigrèrent pendant la révolution. En conséquence, le séquestre fut mis sur leurs biens, comme aussi sur le domaine de Famechon; mais Honorée de Joyeuse en obtint la mainlevée, le 15 avril 1807, par le motif que ce domaine lui était propre.

Cependant, depuis cette mainlevée, un sieur Pajot, créancier du sieur d'Ecvilly, saisit le domaine de Famechon, prétendant qu'il était un conquêt de la communauté de ce dernier, parce qu'ayant été racheté par la dame de Joyeuse, sur vente forcée, il avait perdu sa qualité de propre pour prendre celle de conquêt, auquel Honorée de Joyeuse n'avait aucun droit, parce qu'elle avait renoncé à la communauté.

Mais du Doyon et autres créanciers de cette dernière soutinrent qu'il était propre. L'affaire fut portée au tribunal civil d'Amiens, qui jugea, le 21 juin 1808, que le domaine de Famechon était acquêt, ordonna que la saisie serait continuée, et que l'un des enfants étant encore émigré (les autres avaient été rayés), le préfet serait mis en cause.

Du Doyon interjeta appel de ce jugement, en ce qu'il décidait que le domaine de Famechon était un conquêt, tandis qu'il était un propre d'Honorée de Joyeuse.

Celle-ci étant morte, l'affaire se poursuivit entre Pajot et autres créanciers du sieur d'Ecvilly, les enfants regnicoles, et l'administration des domaines.

Le 21 avril 1809, la cour d'Amiens rendit un arrêt d'expédient entre les parties présentes, et par défaut contre les défaillantes. Cet arrêt renvoie, avant faire droit, les parties devant le préfet de la Somme, pour procéder au partage de l'immeuble indivis entre l'État représentant un émigré, et les regnicoles. Le partage fut fait. Deux lots furent formés et vendus. La dame de la Barre acquit de l'administration le lot échu à l'État, et l'autre lot des héritiers regnicoles.

Il ne restait donc plus qu'à partager le prix des ventes entre le sieur Pajot, les autres créanciers du sieur d'Ecvilly, et ceux d'Honorée de Joyeuse. Un ordre avait été ouvert par le sieur Pajot; mais les enfants d'Amable-Charles d'Ecvilly interjetèrent appel du jugement du 21 juin 1808, et formèrent opposition aux autres, en qualité de créanciers et d'héritiers bénéficiaires d'Honorée de Joyeuse, veuve d'Ecvilly, leur aïeule.

La dame de la Barre et le sieur Pajot opposèrent un déclinatoire et demandèrent leur renvoi devant l'administration, sur le motif que l'appel et la tierce opposition, tendant à anéantir les arrêtés du préfet de la Somme, qui avait approuvé le partage et les ventes, les tribunaux n'en pouvaient connaître. Ils soutinrent au fond que le domaine de Famechon n'était pas un propre d'Honorée de Joyeuse, mais un conquêt de communauté auquel elle n'avait aucun droit.

Le 3 mars 1815, arrêt de la cour d'Amiens qui écarte le déclinatoire, sous prétexte que les appelants consentaient à laisser subsister la vente, et n'élevaient de prétention que sur le prix; déclare au fond le domaine de Famechon propre d'Honorée de Joyeuse, et ordonne que le prix en sera distribué exclusivement aux créanciers de cette dernière.

Cet arrêt fut déféré à la censure de la cour de cassation, et le procureur général, qui porta la parole en cette affaire, la réduisit à deux points :

1° La terre de Famechon était-elle un conquêt de communauté, ou un propre d'Honorée de Joyeuse?

2° Quand elle eût été propre, les actes administratifs en vertu desquels elle avait été partagée et vendue, n'empêchaient-ils pas les tribunaux d'attribuer tout le prix des adjudications aux créanciers d'Honorée de Joyeuse?

La première question devait être résolue par les principes de l'ancienne jurisprudence : c'était, comme en convenait le procureur général, une question transitoire, dont la plus grande difficulté consistait en ce que le débiteur saisi ne cesse pas d'être propriétaire; que les créanciers n'ont qu'un droit d'hypothèque, et ne font que provoquer la vente; que la fonction du juge qui interpose son autorité se borne à suppléer le consentement du débiteur, et qu'ainsi la vente judiciaire a le même effet que la vente volontaire : d'où l'on conclut que puisque l'immeuble n'est pas sorti des mains de l'héritier, il n'a pas cessé de conserver la nature de propre.

Néanmoins, disait le procureur général, ce système fut repoussé par trois arrêts rendus en 1696 et 1662; mais il ajoutait que ce même système avait été accueilli par des arrêts plus récents, et soutenu par plusieurs auteurs cités dans l'ancien *Répertoire*, v° *Quint*.

Le procureur général convenait que la saisie n'enlève point au débiteur la propriété des biens qui sont sous la main de la justice; qu'il en demeure toujours propriétaire, et que cette théorie était admise par les articles 692 et 693 du Code de procédure. Cependant il déclara préférer l'ancienne jurisprudence, parce que, disait-il, il y avait, en ce cas, novation dans la propriété et interversion dans le titre.

Pour les partages et la liquidation, on décidait que le bien ne changeait pas de nature, parce que la licitation ne faisait qu'ôter l'indivis entre les cohéritiers, dit Renusson; l'héritier acquérait *jure familiæ et titulo successionis*. Peut-

on en dire autant de l'héritier sur qui on vend un immeuble, et qui se rend adjudicataire? Ne voit-on pas deux personnes en lui, le vendeur et l'acquéreur, et quand la vente est faite, que lui reste-t-il de son ancien titre?

Néanmoins, comme il existait, selon le procureur général, deux jurisprudences sur cette question, et qu'il ne s'agissait que *d'une question transitoire,* il pensa que l'arrêt d'Amiens ne pouvait être cassé pour avoir jugé propre la terre de Famechon, et que la cour de cassation ferait plus sagement de *n'approuver ni improuver* la décision de la cour d'Amiens sur ce point, et de laisser à une autre cour toute la latitude dont la question est susceptible, en cassant par un autre motif. Il prouva ensuite que le second moyen de cassation était fondé (1). La cour suivit ces conclusions; elle cassa l'arrêt par la seule considération qu'il avait violé les lois qui défendent aux tribunaux de porter atteinte aux actes faits par l'administration, et elle déclara que l'admission de ce moyen dispensait de s'occuper des autres.

Il est donc incontestable que, dans l'arrêt du 24 juillet 1816, la cour suprême ne prononça ni ne voulut prononcer sur la question, et que, par conséquent, il ne peut avoir fixé la jurisprudence; d'ailleurs, il s'agissait de savoir comment elle devait être résolue sous l'empire des coutumes. Voyons comment elle doit l'être sous l'empire du Code.

Bellot prétend que si l'immeuble indivis a été adjugé à l'époux propriétaire, *par suite de vente par décret;* si, par exemple, l'héritier bénéficiaire se rend adjudicataire du bien indivis saisi réellement, cette acquisition formera un conquêt, parce que, dit-il, l'adjudication et la licitation sont très-distinctes. Dans la licitation l'héritier agit comme héritier; le bien passe entre ses mains *jure familiæ et titulo successionis;* dans la vente par décret, l'héritier qui acquiert aux enchères ne diffère en rien des autres enchérisseurs.

Non, sans doute, il n'en diffère pas comme enchérisseur; mais ces enchérisseurs étrangers qu'il a écartés et repoussés ne lui ont point enlevé son titre d'héritier : *quia victi sunt et repulsi,* dit Dumoulin. Il ne l'a point perdu, ce titre; il n'a fait que libérer les immeubles de la succession d'une créance à laquelle ils étaient affectés. Bellot reproduit ici, sous le droit nouveau, un raisonnement que le procureur général, dans le plaidoyer que nous venons d'analyser, croyait conforme aux règles de l'ancien droit coutumier, où les principes sur les *propres,* qui étaient soumis au retrait lignager, *jure familiæ,* avaient tant d'influence. Mais quelle que fût l'opinion définitive de ce magistrat sur la question de savoir si l'immeuble dont un héritier bénéficiaire s'était rendu adjudicataire conservait la nature de propre, les auteurs, sous l'ancien droit, les plus savants et les plus suivis, Henrys, Bretonnier, Guyot, Valin, le président de Lamoignon même dont l'autorité est si imposante, tiennent pour certain que l'adjudication faite par décret aux enfants, héritiers bénéficiaires, ne changeait rien, ni à leur qualité personnelle, ni à la nature des biens, parce que, encore qu'ils acquièrent par décret, c'est plutôt pour se conserver ce qu'ils ont que pour acquérir de nouveau quelque chose. Ils se maintiennent dans leur possession, plutôt qu'ils n'en acquièrent une nouvelle; le décret leur conserve la chose plutôt qu'il ne la leur donne. Les auteurs de l'ancien *Répertoire*, où la question est profondément traitée, v° *Quint,* § 6, enseignent que cette jurisprudence était constante dans tous les parlements, et Guyot, qu'ils citent, dit qu'un arrêt du 2 août 1730 a jugé que le bien ainsi acquis était propre pour le tout.

159. Mais il ne s'agit plus d'examiner comment la question devait être résolue sous l'ancien droit, mais comment elle doit l'être sous l'empire du Code, et si les biens indivis, saisis réellement sur les copropriétaires dont l'un d'eux se rend adjudicataire durant son mariage, sont propres ou conquêts de communauté. Or il ne nous paraît pas douteux qu'ils sont propres, *sauf récompense*, conformément à la disposition de l'art. 1408, qui n'est fondée ni sur le droit de famille, ni sur le titre d'héritier, mais, ce qu'il faut bien remarquer, sur le seul fait de l'indivision des immeubles antérieure au mariage : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou *autrement,* de portion d'un immeuble, *dont l'un des époux était propriétaire par indivis,* ne forme point un conquêt, etc. »

Le fait de l'indivision suffit donc pour faire l'application de cet article. Il ne recherche ni l'origine ni la cause de l'indivision, ni la manière dont l'époux est devenu copropriétaire avant le mariage. Il ne considère ni le droit de famille, ni le titre de succession. Il ne considère, encore une fois, que le fait de l'indivision. Il paraît que le Code n'a eu d'autre but que celui de la faire cesser absolument et pour toujours; ce qui n'arriverait point si les portions de l'immeuble indivis avant le mariage, acquises depuis, formaient un conquêt et non pas un propre de communauté, puisqu'à sa dissolution elles se trouveraient encore indivises entre le survivant des conjoints et les héritiers du prédécédé.

Le Code ne recherche pas davantage comment les portions de l'immeuble indivis ont été acquises pendant le mariage, soit à titre de licitation ou *autrement.* Il suffit que l'immeuble fût encore indivis au moment de l'acquisition. Or il est certain, et il est reconnu que la saisie immobilière ne dessaisit point celui sur qui elle est faite de la propriété de l'immeuble saisi. L'époux

(1) Sirey, t. 16, p. 406, où se trouve rapporté le discours du procureur général.

dont l'immeuble indivis a été saisi en est donc encore copropriétaire au moment où il acquiert, par adjudication, les portions de ses consorts indivises avec la sienne. L'art. 1408 est donc, ce nous semble, incontestablement applicable à ce cas, de même qu'à toute autre acquisition d'un immeuble indivis, et les portions ainsi acquises sont propres. L'opinion contraire conduirait à dire que la portion même de l'époux copropriétaire est un conquêt, quoiqu'il n'ait pas été dessaisi un seul instant de sa propriété, ni avant, ni au moment de l'adjudication, puisqu'il a écarté les enchérisseurs étrangers.

Mais, dit Bellot, la vente par adjudication ne peut faire des propres, puisque la vente volontaire ne peut pas en faire; car, si un père vend à son fils, l'héritage vendu est acquêt en la personne du fils, comme s'il l'eût acheté d'un étranger.

Oui, sans doute, parce que cet immeuble n'était pas indivis entre le père vendeur et le fils acquéreur; car, s'il l'avait été, l'acquisition de la portion du père, par une vente volontaire, eût formé un propre de communauté, de la même manière que si la vente avait été faite par un étranger. C'est ce qu'enseigne l'auteur lui-même, quelques lignes plus haut, page 219.

160. La seconde disposition de l'art. 1408 fait bien clairement voir que ce n'est plus, comme sous l'empire des coutumes, la conservation des biens dans les familles que le Code a eue en vue dans cet article, en déclarant que l'acquisition faite, pendant le mariage, des portions d'un immeuble dont l'un des conjoints était auparavant copropriétaire par indivis, forme des propres de communauté. Il porte :

« Dans le cas où le mari deviendrait seul, et *en son nom personnel*, acquéreur ou *adjudicataire* de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice, envers la femme, de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. »

Si, d'après ce que nous avons dit, on pouvait encore douter que le Code n'a d'autre but, dans l'art. 1408, que de faire cesser l'indivision absolument et pour toujours, et qu'il ne considère en rien le droit de famille, le titre de succession, cette dernière disposition suffirait pour le démontrer, surtout en la comparant aux dispositions des coutumes sur le retrait du *mi-denier*, en vertu duquel si, durant le mariage, il était acquis des immeubles enramagés dans la ligne de l'un ou de l'autre des époux, le survivant, si les biens étaient dans sa ligne, et, dans le cas contraire, les héritiers du prédécédé, pouvaient retirer les immeubles enramagés dans la ligne de ce dernier, en payant le *mi-denier*, c'est-à-dire la moitié du prix qu'il avait coûté, ou la totalité, si le retrait était fait par la femme ou par ses héritiers renonçants à la communauté (1). Ainsi supposons que les conjoints eussent acquis, de l'un des parents de la femme, un immeuble pour la somme de 20,000 fr., payée pendant le mariage; le mari venant à mourir, la femme pouvait retirer l'immeuble, en payant 10,000 fr. à ses héritiers, si elle acceptait la communauté, et 20,000 fr., si elle y renonçait.

161. Ce retrait du mi-denier n'était, de même que tous les retraits lignagers, dont il n'était qu'une espèce, fondé, comme on le voit, que sur le grand vœu des coutumes, la conservation des biens dans les familles. Ce retrait était donc admis, quoique les biens acquis pendant le mariage ne fussent pas indivis avec celui des conjoints, dans le lignage de qui l'acquêt avait été fait; et comme c'était un droit de famille, il était admis *jure familiæ*, tant en faveur du mari que de la femme ou de leurs héritiers, et les parents du vendeur, dans le même degré que le conjoint lignager, étaient admis à concourir avec lui à ce retrait.

Le Code a rejeté ce retrait du mi-denier, qui n'a plus de fondement dans l'esprit de notre nouvelle législation; mais il admet, dans la dernière disposition de notre article 1408, en faveur de la femme seulement, et non du mari, une espèce de retrait qu'on pourrait appeler retrait *d'indivision*, puisqu'il est fondé uniquement sur ce que les biens étaient indivis avec la femme. Le but de ce retrait est de prévenir le double abus que le mari pourrait faire de la puissance maritale, d'un côté, en ne permettant pas à la femme d'acquérir pour elle-même, afin de faire seul, en son nom personnel, l'acquisition avantageuse des portions, ou même de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, acquisition qui deviendrait un conquêt de communauté, divisible par moitié lors de la dissolution du mariage; d'un autre côté, en acquérant à un prix trop élevé les biens indivis à la convenance de son épouse, qui se trouverait obligée de tenir compte à la communauté de ce prix excessif à la dissolution du mariage.

C'est pour prévenir ces abus qu'après avoir, dans une première disposition, décidé que l'acquisition faite pendant le mariage des portions d'un immeuble, dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt, l'art. 1408 ajoute, dans une seconde disposition, que si le mari devient seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble apparte-

(1) *Voy.* les art. 319 et suiv. de la coutume de Bretagne; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 6, p. 167 et suiv.; l'art. 157 de la coutume de Paris et les commentateurs; Pothier, *Traité des retraits*, nos 488 et suiv.

nant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution du mariage, a le choix, ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice, envers la femme, de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de *retirer* l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. Il est clair que cette option, ou ce retrait, quoique ayant le même effet que le retrait du mi-denier, n'est pas fondé, comme ce dernier, sur le droit de famille, mais sur le seul fait de l'indivision de l'immeuble (1).

162. Ce retrait d'indivision, qui n'existait point dans nos anciennes coutumes, simplifie beaucoup la jurisprudence dans le point qui nous occupe, et résout des difficultés que Pothier lui-même n'a pas heureusement résolues par les principes de la licitation. Il dit, n° 150 du *Traité de la communauté*, que lorsqu'un cohéritier de ma femme me vend sa portion de tel héritage, indivis avec elle, si je prends dans l'acte la qualité de mari, tant qu'elle ne me désavoue pas, cet acte est censé n'être qu'un acte tenant lieu du partage qui était à faire entre elle et ce cohéritier. La qualité de mari que j'ai prise dans l'acte fait connaître que ce n'est pas en mon nom propre, mais en qualité de mari, et par conséquent pour ma femme, que j'ai traité avec son cohéritier.

Soit : quoique le mari n'ait pas qualité pour faire ce partage, la ratification tacite de la femme couvre le défaut de pouvoir du mari, qu'elle seule peut opposer.

Pothier propose un second cas, n° 151 : « S'il est dit simplement qu'un tel a vendu sa portion indivise qu'il a dans un tel héritage qui lui est commun avec la femme dudit tel, cet acte doit-il passer comme un acte tenant lieu du partage que je fais pour ma femme avec les cohéritiers de ma femme?

» Pour la négative, on peut dire que n'étant pas dit par l'acte que j'y parais au nom de ma femme, ni même en qualité de son mari, je suis censé y paraître en mon seul, propre et privé nom, et par conséquent acheter véritablement pour moi la portion du cohéritier de ma femme. »

Néanmoins *j'inclinerais* à dire, ajoute Pothier, qu'on doit *présumer* que c'est en qualité de mari, plutôt qu'en mon seul et privé nom, que j'ai traité dans cet acte avec le cohéritier de ma femme, parce que la qualité de mari et administrateur des biens et affaires de ma femme doit faire facilement présumer que dans un acte qui tend à faire cesser l'indivision qui était entre elle et son cohéritier je doive être censé y avoir traité en qualité de mari.

Mais cette présomption, proposée par Pothier, ne pourrait servir de règle aux tribunaux qu'autant qu'elle serait établie par la loi. Or le moyen d'ériger en présomption légale une présomption fondée sur des conjectures aussi faibles, qui peuvent même être détruites en certaines circonstances par des conjectures plus fortes? Comment l'admettre dans le cas où le mari aurait acquis sans qu'il fût dit, dans le contrat, que le vendeur était cohéritier de la femme, ni même que l'héritage était indivis avec elle?

Les sages rédacteurs du Code ont senti l'imperfection de la doctrine de Pothier; ils ne l'ont point admise; ils ont fait mieux, en donnant dans tous les cas à la femme le choix de retirer l'immeuble ou de l'abandonner à la communauté, de quelque manière que le mari l'eût acquis (2).

163. Mais ce n'est qu'à la femme qu'est accordée cette option.

Ainsi, le mari qui aurait acquis tout ou partie de l'immeuble, dont il était copropriétaire par indivis, ne pourrait l'abandonner à la communauté comme conquêt, pour se soustraire à l'indemnité en cas que l'immeuble eût péri ou eût été détérioré par cas fortuit. Il était son propre, de même que les autres immeubles qu'il possédait avant son mariage; et si le prix n'en avait pas été payé pendant le mariage, il serait, lors de sa dissolution, dû par le mari seul, ou par ses héritiers, quand même la femme eût comparu au contrat d'acquisition ou d'adjudication, quand même l'immeuble eût péri par cas fortuit (3).

164. Il en serait de même si l'acquisition d'un immeuble, dont la femme était copropriétaire, était faite en son nom sous l'autorisation de son mari; le bien acquis lui serait irrévocablement propre, de même que les autres immeubles qu'elle possédait avant son mariage, et elle ne pourrait, lors de la dissolution du mariage, l'abandonner pour demeurer quitte de l'indemnité due à la communauté, quand même l'immeuble aurait péri, ou se trouverait détérioré par cas fortuit ou force majeure.

165. Mais si l'acquisition d'un immeuble dont la femme était copropriétaire par indivis est faite dans le nom commun du mari et de la femme, sans exprimer que l'acquisition est pour le compte personnel de cette dernière, l'immeuble sera-t-il propre de la femme, ou conquêt de communauté (4)? La femme pourra-t-elle le retirer lors de la dissolution du mariage?

On ne peut pas dire que cet immeuble soit

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 201; Dalloz, *ubi supra*, n° 156.

(2) *Voy.* Pothier, n° 150; Duranton, *ubi supra*, n° 204.

(3) Duranton, *ubi supra*, n° 205; Code civil, art. 724; Dalloz, *ubi supra*, n° 156.

(4) Pothier, n° 152, croit qu'il sera propre, et pense que, quoique le mari ait traité en son propre nom, l'acte peut néanmoins passer pour n'être qu'un acte *qui tenait lieu du partage qui était à faire dans l'héritage.*

irrévocablement un propre de la femme, puisqu'elle ne l'a point accepté pour tel, ni expressément ni tacitement; elle n'a fait que concourir par complaisance à une acquisition commune, à laquelle sa présence ou son concours n'étaient nullement nécessaires. Or il faut, pour lui rendre un immeuble irrévocablement propre, une acceptation formelle de sa part, comme il en faut une, aux termes de l'art. 1435, pour lui rendre propre l'acquisition faite pour lui servir de remploi de ses propres aliénés. On ne pourra donc, lors de la dissolution du mariage, contraindre la femme de prendre comme propre l'immeuble ainsi acquis, à la charge d'indemniser la communauté du prix qu'elle a payé (1).

166. Mais pourra-t-elle retirer l'immeuble, si elle le juge à propos, en vertu de la deuxième disposition de l'art. 1408? Nous ne le pensons pas, parce que le retrait ne lui est accordé que sur les immeubles acquis par *le mari seul, et dans son nom personnel*. L'immeuble demeurera donc *conquêt*, et le mari pourra en disposer sans le consentement de la femme, de même que de tous les autres conquêts. La femme ne peut s'en plaindre; car elle pouvait refuser de concourir à l'acquisition, et si ce refus n'avait pas empêché le mari d'acquérir seul, et en son nom personnel, la femme eût conservé l'option à elle décernée par l'art. 1408, dont son concours volontaire à l'acquisition l'a privée : car enfin, il faut bien que ce concours produise quelque effet. Aussi, l'article 1408 n'accorde le retrait à la femme que dans le cas où le mari serait devenu *seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire*.

Si, sur le refus de la femme de concourir à l'acquisition, le mari déclarait, dans le contrat, acquérir ou se rendre adjudicataire, pour tenir lieu de propre à sa femme copropriétaire par indivis, elle ne serait pas liée par cette déclaration, si elle ne l'avait pas, dans la suite, formellement acceptée (art. 1435) : elle pourrait donc laisser l'immeuble dans la communauté.

167. L'art. 1408 dit qu'en cas d'abandon par la femme de l'immeuble dont elle était propriétaire par indivis, et qui a été acquis pendant le mariage, la communauté devient débitrice envers la femme de la portion du prix appartenant à celle-ci.

Cette disposition s'applique au cas où la portion indivise de la femme a été mise en adjudication avec les autres portions; car il ne lui serait rien dû si le mari avait seulement acquis les portions des consorts de sa femme. Celle-ci conserverait alors la sienne en nature, sauf à partager l'immeuble avec les héritiers du mari, si elle renonçait (2).

168. On a remarqué que le Code n'a fixé aucun délai dans lequel la veuve doive faire son option ou son retrait, comme les coutumes l'avaient fait pour l'exercice du retrait du mi-denier. C'est une lacune peu importante, dans le cas où elle accepte la communauté : il nous semble qu'alors elle doit faire son option avant de partager, en formant son action de partage, ou du moins au moment du partage; elle ne le pourrait plus après, parce que le partage dans lequel elle aurait laissé entrer l'immeuble contiendrait une véritable option, quoique tacite.

Si elle renonce à la communauté, elle peut faire son option pendant tout le temps que les lois lui accordent pour former son action en règlement de ses droits, c'est-à-dire pendant trente ans (3).

169. Mais on demande si ce droit est personnel à la femme, ou s'il passera à ses héritiers, en cas qu'elle prédécède?

La raison de douter est que l'art. 1408 ne parle point des héritiers. Ce n'est qu'à la femme qu'il accorde le *retrait* exorbitant du droit commun, et qu'on ne doit pas facilement étendre d'une personne à l'autre; car il est contre l'esprit du Code d'étendre d'une personne à l'autre les stipulations favorables à la femme, lorsqu'elles ne sont pas conformes aux dispositions générales de la loi. Ainsi, la faculté accordée à la femme, par contrat de mariage, de reprendre le mobilier qu'elle a apporté en se mariant, ne s'étend point à ses enfants; si elle est accordée à la femme et aux enfants, elle ne s'étend point aux héritiers ascendants ou collatéraux. (Art. 1514.)

La réponse nous paraît être que l'art. 1514 parle d'une stipulation conventionnelle, contraire au droit ordinaire de la communauté légale, et qu'on ne peut, par conséquent, étendre à une disposition faite pour cette communauté; que si l'art. 1408 garde le silence sur les héritiers, l'art. 724 déclare en général les héritiers légitimes saisis de plein droit *des droits et actions* du défunt; qu'ainsi le retrait d'indivision, accordé à la femme par la loi, doit passer à ses héritiers, d'autant plus qu'il y a pour le leur accorder le même motif qui l'a fait établir en faveur de la femme, celui d'empêcher l'abus que le mari pourrait faire de sa puissance; abus dont l'effet retomberait sur les héritiers de la femme, si on ne leur accordait pas, ainsi qu'à elle, le retrait d'indivision. Mais ce même motif ne pouvant exister lorsque le mari acquiert ou se fait adjuger, en partie ou en totalité, les im-

(1) *Contra*, Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 209; Pothier, n° 152, et Battur, *ubi supra*.

(2) *Contra*, Duranton, *ubi supra*, n°s 206, 207; Dalloz, *eod. verbo*, n° 162.

(3) *Voy.* Dalloz, v° *Communauté*, n° 162; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 210. Cet auteur pense que le mari ou ses héritiers peuvent sommer la femme de faire un choix.

meubles qu'il possédait par indivis avant le mariage, l'option de les abandonner à la communauté ou de les retirer ne lui est point accordée. Ces immeubles ainsi acquis lui demeurent irrévocablement propres, à la charge de l'indemnité due à la communauté si la femme accepte, et ce, quand même ces immeubles auraient péri par cas fortuit ou force majeure. Il ne peut s'en plaindre; il était libre de faire ou de ne pas faire l'acquisition.

170. L'option de la femme ne devant être faite qu'à la dissolution du mariage, le mari peut-il en attendant vendre les immeubles soumis au retrait de son épouse, comme il peut vendre les conquêts de communauté? La négative ne nous paraît pas douteuse. Ce serait priver la femme du droit d'opter que la loi lui accorde. Si même le mari hypothéquait les immeubles, l'option de la femme pour le retrait ferait évanouir l'hypothèque, et si la femme renonçait à la communauté, le créancier à qui le mari avait hypothéqué ces immeubles n'aurait aucune action contre elle (1).

171. Nous venons de voir qu'en plusieurs cas, des immeubles acquis pendant le mariage sont néanmoins, par exception, exclus de la communauté : il y a au contraire un cas unique, il est vrai, où des immeubles acquis par l'un des conjoints avant le mariage entrent dans la communauté, quoiqu'elle n'existât pas lors de leur acquisition. « Si l'un des époux, dit la seconde disposition de l'art. 1404, avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage contenant stipulation de communauté et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'en ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle serait réglée suivant les conventions. »

Cette disposition est de droit nouveau. Avant le Code il n'y avait dans notre ancien droit français, ni texte de coutume, ni jurisprudence constante et uniforme sur ce point : on citait des arrêts pour et contre (2). Quant aux opinions des auteurs, ils n'étaient point d'accord; ils s'accordaient à dire qu'il serait contraire à tous les principes de regarder comme acquêt de communauté un immeuble acquis avant qu'elle existât, mais aussi tous convenaient que, lorsque les futurs, par leur contrat de mariage, ont établi la communauté de biens, ils sont censés, en n'excluant aucune partie de leur mobilier par une stipulation, être tacitement convenus qu'il entrerait dans la communauté, et que, par conséquent, si l'un d'eux, dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, convertissait une partie de son mobilier en acquisition d'immeubles qui n'entreront pas en communauté, puisqu'ils sont acquis avant le mariage, il manquerait à sa promesse et devrait récompense à la communauté du montant de ce mobilier converti en immeubles, sans quoi il contreviendrait à la convention tacite d'apporter tout son mobilier à la communauté. On pensait donc assez généralement que si l'immeuble était propre, comme acquis avant le mariage, il était dû une récompense ou un dédommagement du prix et des loyaux coûts (3) par celui qui avait fait l'acquisition, soit qu'il les eût payés avant ou après le mariage, *ne illudatur alterutri conjugum;* et Lebrun, en rapportant l'arrêt du 15 octobre 1677, qui jugea que l'héritage ainsi acquis était conquêt, ajoute que « cela fut volontiers jugé par forme de dédommagement; car, encore une fois, la communauté n'a lieu que du jour de la célébration. »

L'art. 1404 a tranché la difficulté, en faisant entrer en communauté l'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage.

Mais ce n'est aussi que par forme de dédommagement, car cette disposition est diamétralement contraire au droit commun et à toutes les autres dispositions du Code, qui ne font commencer la communauté qu'au jour de la célébration du mariage, sans qu'il soit permis de la faire commencer auparavant, même par stipulation expresse. (Art. 1399.)

Il en résulte que cette disposition n'est susceptible d'aucune extension, et doit être renfermée dans son cas précis. On ne doit donc pas l'étendre au cas où, n'y ayant point de contrat de mariage, l'un des futurs fait des acquisitions peu de jours avant, la veille même de la célébration, quand même tous les préliminaires du mariage, tels que les bannies ou publications, auraient été faits. Le Code exige qu'il y ait un *contrat de mariage contenant stipulation de communauté*, parce que ce n'est qu'alors qu'il y a convention tacite d'apporter à cette communauté tout le mobilier que les conjoints possédaient au jour du contrat. Jusqu'à l'époque du contrat, ou, à défaut de contrat, jusqu'à celle de la célébration, les futurs sont libres de changer les conditions de leur association conjugale.

L'art. 1404 garde le silence sur le cas où l'un des futurs vend des immeubles dans l'intervalle de la célébration du mariage. Il ne faut donc pas appliquer à ce cas sa disposition par analogie; le prix de l'immeuble vendu entre incontestablement dans la communauté (4). Le futur ne trompe personne en dénaturant ses immeubles, et en recevant à la place des meubles ou de l'ar-

(1) *Voy.* note sur le n° 261.

(2) *Voy.* Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. I, chap. 4, n°s 8 et 9; Boucheul, sur Poitou, art. 229, n° 6.

(3) *Voy.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 5, p. 85.

(4) Pothier, *Traité de la communauté*, n°s 77, 281, 603.

gent qui entrent dans la communauté, au lieu qu'en convertissant son mobilier en immeubles, il tromperait l'autre conjoint, si ces immeubles n'entraient pas en communauté, ou s'il n'en donnait pas récompense (1).

172. Il nous reste à parler du cas où il y a du doute sur la qualité de propre ou de conquêt d'un immeuble qui se trouve, à la dissolution du mariage, confondu parmi les biens communs, sans qu'on sache s'il appartient à l'un ou à l'autre des conjoints, ou bien à la communauté, parce qu'on n'a pas trouvé le titre de son acquisition. L'art. 1402 tranche le doute, en consacrant une présomption admise dans notre ancienne jurisprudence. Il porte : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. »

Cette présomption est en effet conforme à la raison. Quand deux personnes vivent en communauté, si l'une d'elles prétend s'approprier exclusivement un des effets qui se trouvent parmi les biens communs, elle doit prouver qu'il n'est pas entré dans la société, suivant le principe général que la preuve incombe au demandeur : faute de preuve, l'effet doit rester commun, et la preuve la plus facile et la plus naturelle est de faire voir que l'un des époux en avait la possession légale, c'est-à-dire *pro suo*, car la possession fait toujours réputer le possesseur propriétaire ; et comme la possession est un simple fait, la preuve que l'un des époux, ou l'un de ses auteurs, possédait l'immeuble avant le mariage, peut toujours être faite tant par titre que par témoins (2).

173. L'art. 1404 dit, comme l'art. 1402, « que les immeubles que les époux *possèdent* au jour de la célébration du mariage, ou qui leur échoient pendant son cours à titre de succession, n'entrent point en communauté. »

Cette disposition est remarquable en ce qu'elle est nouvelle, et contient une règle générale ajoutée par le Code à celle que suivait l'ancienne jurisprudence, qui n'excluait de la communauté que les immeubles dont les époux avaient la propriété au jour du mariage.

C'est une addition à laquelle les auteurs qui ont écrit depuis le Code n'ont point fait attention. L'ancienne jurisprudence avait pris pour règle *le droit de propriété*. Tous les immeubles dont les époux étaient propriétaires au jour de la célébration du mariage, quand même ils n'en auraient pas eu la possession actuelle, étaient irrévocablement exclus de la communauté légale. Ceux au contraire dont ils n'avaient que la possession n'en étaient exclus que provisoirement, et parce que la possession fait présumer la propriété.

Mais si, dans la suite, on parvenait à découvrir et à prouver que réellement l'époux qui les possédait de fait n'en était pas propriétaire, ils étaient regardés comme des conquêts de communauté, et partagés comme tels. L'autre époux était même, en certains cas, admis à faire cette preuve, comme nous l'enseigne d'Argentré sur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, glos. 1, n° 12. Il propose l'espèce d'un procès fait à l'un ou l'autre des conjoints, sur l'héritage qu'il possédait comme propre. On transige, et pour acheter la paix on paye une somme des deniers de la communauté. L'autre époux, après la dissolution du mariage, prétend la moitié de l'héritage, comme conquêt de communauté.

L'auteur ajoute que si, après la dissolution du mariage, l'autre conjoint veut renouveler le procès et prouver que l'époux auquel l'héritage a été adjugé par transaction, ou même par jugement, n'y avait aucun droit, il doit y être admis, et qu'en faisant cette preuve il doit partager l'héritage comme conquêt (3).

Il est donc certain qu'en composant la communauté légale, l'ancienne jurisprudence n'avait suivi pour règle d'exclusion que le droit de propriété, et qu'elle n'en excluait irrévocablement que les immeubles dont l'un des conjoints était propriétaire.

A cette règle ancienne et naturelle, le Code en ajoute une autre très-simple, qui prévient en grande partie les difficultés que peut faire naître la règle du droit de propriété; c'est le fait d'une possession *pro suo* de la part de l'un des époux antérieurement au mariage. « Les » immeubles que les époux possèdent au jour » de la célébration du mariage... n'entrent » point en communauté, » dit l'art. 1404. Il n'exige rien de plus, et rien n'est plus sage que cette disposition. Les époux qui ont trouvé, au jour de la célébration du mariage, l'un d'eux en possession d'un héritage n'ont pas dû compter que cet héritage entrerait un jour dans leur communauté, si l'on découvrait qu'il n'en était pas propriétaire. Le Code prend, avec raison, pour point de départ l'instant précis de la célébration du mariage : il prend et laisse les choses dans l'état où elles sont à cette époque. Tous les immeubles que les époux *possèdent* en ce moment n'entrent point en communauté. Vainement dirait-on, vainement prouverait-on

---

(1) Delvincourt et Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 106.

(2) Pothier, n° 203 ; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 5, p. 82; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 169.

(3) « Sin incertum est, et res apud conjugem dimissa est, lite adhuc dum incerta, si, soluto matrimonio, alter conjugum litem in se suscipere paratus est, et probare quod olim litiganti conjugi jus in re non erat frui, ut veluti emptione quæsitum pro dimidio consequatur, admittendus erit; et hoc probato, consequi debebit veluti acquæstum quidquid ficta lis, aut judicatum non vocato consorte per sententiam attulerit litiganti. »

que l'un des époux n'avait pas la propriété de tel immeuble qu'il possède. Qu'importe cela à la communauté? C'est une question qui lui est étrangère, et qui ne peut intéresser que l'époux possesseur et le prétendu propriétaire. De quelque manière qu'ils s'arrangent ensemble, l'héritage n'en restera pas moins exclu de la communauté, où il n'est point entré au jour de la célébration du mariage; seulement, si l'époux possesseur prend, dans la masse commune, des sommes plus ou moins considérables pour conserver sa possession, et obtenir le désistement des prétentions de son adversaire, il en devra la récompense. La communauté n'a donc rien à perdre en aucun cas, et c'est ce qui prouve la sagesse de la nouvelle règle ajoutée à l'ancienne par l'art. 1404. Cette disposition perfectionne l'ancienne jurisprudence (1).

174. C'est faute d'avoir fait attention à cette nouvelle règle que Delvincourt s'est égaré, en suivant les principes de l'ancienne jurisprudence. Il demande, tome 3, page 245 : « Si l'on conteste à l'époux la propriété de l'immeuble *qu'il possédait au moment du mariage,* et qu'il parvienne à le conserver en transigeant, l'immeuble sera-t-il propre ou conquêt? Je pense, répond-il, que c'est une question de fait qui doit être jugée d'après les circonstances. Si, par exemple, la somme payée par l'époux est modique, comparativement à la valeur de l'immeuble, l'on pensera qu'il était fondé à retenir l'immeuble, et qu'il a transigé uniquement pour éviter un procès. L'immeuble restera donc propre dans sa main; dans le cas contraire, il pourra être déclaré conquêt. »

Cette opinion de Delvincourt est manifestement fondée sur ce que l'époux qui donne, pour conserver l'héritage, une somme très-considérable, comparativement à sa valeur réelle, est présumé reconnaître qu'il n'en avait pas la propriété, et par conséquent qu'il ne lui était pas propre, suivant la règle ancienne; mais cette présomption, qui n'est au reste qu'une simple présomption de l'homme, vient échouer aujourd'hui contre la nouvelle règle ajoutée à l'ancienne par l'art. 1404. « Tous les immeubles que possèdent les conjoints, au jour de la célébration du mariage, n'entrent point en communauté. » Ainsi, le fait seul de la possession de l'immeuble au jour du mariage, indépendamment de toute autre considération, l'exclut irrévocablement de la communauté, et avec bien de la raison, parce que les époux n'ont pas dû s'attendre à y voir entrer un immeuble possédé par l'un d'eux avant le mariage; et l'arrêt qui jugerait conquêt de communauté un héritage possédé par l'un des époux avant le mariage, uniquement par le motif que la somme que l'époux possesseur a donnée pour le conserver par transaction fait présumer qu'il n'en était pas propriétaire, serait infailliblement cassé pour violation de la disposition de l'art. 1404, et pour excès de pouvoir.

175. Notre règle nouvelle prévient des discussions subtiles qui pouvaient s'élever sous l'ancienne jurisprudence; elle doit changer aussi quelques décisions données par nos meilleurs auteurs sur certaines questions, et les motifs d'en décider d'autres; en voici des exemples tirés de Pothier (2) :

176. Si, avant le mariage, l'un des époux avait acquis un immeuble d'un tiers qui le lui a vendu et livré, faisant et agissant dans le nom du véritable propriétaire, mais sans procuration de sa part, l'immeuble lui sera propre, si le propriétaire ratifie, quoique la ratification soit postérieure au mariage; car la ratification comparée au mandat, dit Pothier, n° 161, aura un effet rétroactif : *Ratihabitio mandato æquiparatur,* ou *qui mandat ipse fecisse videtur.*

Rien de plus juste que cette décision, qui est une conséquence de l'ancienne règle; mais il faut remarquer que la disposition de l'art. 1404 y ajoute une nouvelle force et un nouveau motif de décider; car dès là que l'époux possédait l'héritage *pro suo,* au jour de la célébration du mariage, l'héritage lui était propre, et la ratification du propriétaire n'était point nécessaire pour l'exclure de la communauté. C'était un acte passé entre le propriétaire et l'époux possesseur; un acte étranger à l'autre époux, et qui ne pouvait ni lui profiter ni lui nuire (3).

Il ne faut donc plus suivre aujourd'hui la décision donnée par le même Pothier, n° 162, dans l'espèce suivante : Si le tiers qui m'a vendu et livré le bien d'autrui, avant mon mariage, me l'a vendu dans son nom propre et comme lui appartenant, et que depuis mon mariage le propriétaire ait consenti à m'en laisser la possession et la propriété pour une somme égale, supérieure ou même inférieure à celle que j'ai payée au tiers vendeur, l'héritage, dit Pothier, sera un véritable acquêt de communauté, car la convention intervenue entre le propriétaire et moi n'est pas une confirmation de la vente; c'est une nouvelle vente, laquelle devient mon seul et véritable titre.

Cette décision était parfaitement juste, conformément aux principes de l'ancienne jurisprudence. Dès lors qu'il était prouvé que l'héritage

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 169; Dalloz, v° *Communauté,* n° 96; Bellot, n° 135.

(2) Dumoulin; Pothier, n° 667; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 379.

(3) *Voy.* ci-après n° 182, où nous examinons l'effet de la vente du bien d'autrui, faite par un tiers avant le mariage, mais dont l'époux acquéreur n'est entré en possession que depuis le mariage. *Voy.* Dalloz, v° *Communauté,* n° 97; d'Argentré, coutume de Bretagne, art. 418, gloss. 1, n° 12; Pothier, n° 163. *Contra,* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n°s 180, 181; Battur, n° 207.

n'appartenait pas à l'époux possesseur qui l'avait, depuis le mariage, acquis du propriétaire par un acte qui avait tous les caractères d'une vente, qui devenait, comme dit Pothier, son seul et véritable titre. l'héritage ne pouvait être considéré que comme un conquêt de communauté, parce qu'il n'existait pas de titre pour l'en exclure.

Mais il en est autrement sous l'empire du Code. Avant d'acheter l'héritage du propriétaire, l'époux en avait de fait la possession *pro suo,* au jour de la célébration du mariage; dès lors, cet héritage était exclu de la communauté, quelque chose qui arrivât depuis. Par la disposition de l'art. 1404, les immeubles que les époux *possèdent* au jour de la célébration du mariage *n'entrent point dans la communauté.* Cette disposition n'a pas moins de force sous l'empire du Code, que n'en eût eu sous l'ancienne jurisprudence une stipulation d'exclusion expresse. Supposons que l'un des époux, le mari par exemple, possédant, avant son mariage, un beau domaine auquel il était extrêmement attaché, mais au sujet duquel il avait des inquiétudes, parce qu'il avait appris qu'il existait un parent plus proche que celui qui le lui avait vendu, duquel il pourrait être obligé de racheter ce domaine; supposons, dis-je, qu'il l'eût, par prudence, exclu de la communauté dans son contrat de mariage, dans la crainte que, s'il était obligé de le racheter pendant le mariage, on ne voulût le regarder comme conquêt : il est évident que, le cas arrivant, la femme, ni ses héritiers, n'auraient pu, contre la disposition expresse du contrat de mariage, prétendre que le domaine était devenu conquêt de la communauté, sauf récompense de la somme donnée par le mari pour en conserver la possession.

Eh bien! ce qu'eût fait, sous l'ancienne jurisprudence, une stipulation expresse, le Code l'a fait par une disposition générale, très-sage, puisqu'elle prévient tout examen et toute discussion ultérieure. Au contraire, dans l'ancienne jurisprudence, pour savoir si l'héritage était propre ou conquêt, il fallait examiner le traité fait par le mari avec le propriétaire. Car, si la convention, dit Pothier, nº 163, entre le propriétaire et le mari possesseur, portait que le premier consent que le dernier reste en possession de l'héritage, en se réservant la répétition du prix contre le tiers vendeur, l'héritage demeurait propre; car, en ce cas, le propriétaire ne fait pas une nouvelle vente; il ne fait que consentir l'exécution de la première, en consentant que l'acquéreur continue de jouir.

Ainsi, il fallait toujours voir le traité passé avec l'époux possesseur et le propriétaire de l'héritage. Au contraire, d'après la nouvelle règle établie par le Code, il n'y a lieu à aucune discussion; le fait de la possession *pro suo,* au jour de la célébration du mariage, ne permet plus d'en élever sur le droit. Tout se réduit donc, en fait, à savoir si l'époux était possesseur au jour du mariage.

177. La nouvelle règle établie par le Code s'applique à tous les cas où l'un des époux était possesseur d'un héritage au jour de la célébration du mariage. Quelques actes qu'il puisse faire depuis pour en conserver la possession, ou pour en acquérir la propriété qu'il n'avait pas, tous ces actes sont étrangers à l'autre époux et à la communauté. Vainement dirait-on que ces actes, qui supposent qu'il n'était pas propriétaire, sont son seul et véritable titre. Oui, sans doute, ils sont son seul et véritable titre contre l'ancien propriétaire; mais son titre contre la communauté est la disposition du Code; c'est le fait de sa possession antérieure au mariage, indépendamment du droit de propriété.

Ainsi, nulle difficulté dans tous les cas où l'époux *possesseur* est attaqué par un tiers demandeur qui prétend faire rescinder, résoudre ou anéantir le titre en vertu duquel il possède. De quelque manière qu'il termine le procès, soit en donnant plus ou moins d'argent, soit en reconnaissant plus ou moins directement que son adversaire était réellement propriétaire, et que son titre était nul, si la possession de l'héritage lui reste, il lui demeure propre et n'entre point en communauté, sauf récompense, s'il y a lieu (1). Il serait donc inutile de parcourir les différentes espèces examinées par les auteurs, et les distinctions plus ou moins subtiles qu'ils font.

178. Mais l'ancienne règle conservée par le Code, et qui exclut de la communauté tous les immeubles sur lesquels les conjoints ont un droit de propriété au jour du mariage, quoiqu'ils n'en aient pas la possession à la même époque, peut faire naître des doutes lorsque ces immeubles rentrent pendant le mariage, par des arrangements amiables faits avec le possesseur, dans la possession de celui des époux à qui ils appartenaient auparavant; car son droit de propriété sur ces immeubles n'est pas aussi évident que le fait d'une possession antérieure au mariage. On ne peut le connaître que par l'examen des titres ou des traités faits avec le possesseur, qui a cru devoir en abandonner volontairement la possession, ou enfin par le jugement qui l'y condamne. Nul doute, quand il existe un titre en forme antérieur au mariage. Ainsi, tous les immeubles qu'a acquis l'un des époux, par un titre non suivi de possession, avant le mariage, sont exclus de la communauté, quoiqu'il n'en obtienne la possession que depuis le mariage.

179. Par exemple, les immeubles acquis avant le mariage, sous une condition suspensive qui ne s'accomplit que depuis le mariage, sont, sans difficulté, propres de l'époux acquéreur condi-

(1) Battur, 1, 205; mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 181.

tionnel, parce que le titre d'acquisition est antérieur au mariage, et que d'ailleurs l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif. (Art. 1179.) Avant le mariage l'époux n'avait pas, il est vrai, la propriété, mais il avait un droit qu'on ne pouvait lui enlever. Ce droit se réduisait, à la vérité, à une simple espérance; mais cette espérance avait un immeuble pour objet : c'était donc un immeuble incorporel.

180. Sous l'ancienne jurisprudence le contrat de vente ne transférait point la propriété; elle n'était transférée que par la tradition de l'immeuble vendu. Il en résultait que l'époux qui avait avant le mariage acquis un immeuble, dont il n'avait point encore été mis en possession, n'avait pas été propriétaire avant le mariage, il ne le devenait que depuis; mais comme son titre d'acquisition était antérieur, on jugeait que l'héritage lui était propre et n'entrait point en communauté, sauf récompense du prix, s'il avait été payé des deniers de la communauté.

Sous l'empire du Code, la propriété est transférée par le contrat de vente (art. 1583); mais la promesse de vente vaut vente, dit l'article 1589, c'est-à-dire que la promesse de vente oblige précisément celui qui l'a faite de passer le contrat de vente. *Voyez* ce que nous avons dit tome 5 (IX, éd. fr.), n° 92. Cependant la promesse de vente ne transfère point la propriété, comme le contrat. Ainsi, celui à qui a été faite la promesse n'est point propriétaire avant le contrat; mais comme son titre, pour contraindre le promettant à lui passer contrat, est antérieur au mariage, l'héritage n'entrera point en communauté, sauf récompense.

181. Quand même les titres de l'un des époux, antérieurs au mariage, en vertu desquels il est entré depuis en possession d'un immeuble, seraient infectés de quelques vices qui les rendissent inhabiles à transférer la propriété, ou qui pussent donner lieu à faire annuler, rescinder ou résoudre ces titres, si celui qui a droit de les faire annuler, rescinder ou résoudre, garde le silence, les immeubles qui sont l'objet de ces titres n'en sont pas moins exclus de la communauté; l'autre époux, ou ses héritiers, ne seraient pas recevables à argumenter de ces vices.

182. Par exemple, quand l'un des époux, avant le mariage, a acquis un héritage d'un tiers qui n'en était pas propriétaire, et qui ne lui en a fait la tradition que depuis le mariage, l'héritage n'en est point exclu de la communauté, et l'autre époux, ni ses héritiers, ne seraient recevables à prétendre, lors de la dissolution, que l'héritage est conquêt, en prouvant, même par titre authentique, que le tiers qui l'a vendu n'en était pas propriétaire, et n'a pu en transférer la propriété à l'acquéreur. Ce serait argumenter du droit d'autrui; ainsi, l'héritage demeure propre de l'époux acquéreur.

183. Il en est de même, à plus forte raison, si le propriétaire approuve la vente; par exemple, s'il consent que l'époux acquéreur entre en possession depuis le mariage, ou qu'il continue de jouir, en se réservant la répétition du prix contre le tiers vendeur; car cette convention n'est point une nouvelle vente : l'ancien propriétaire ne fait que consentir à l'exécution de la première, qu'il ratifie en quelque sorte. (Pothier, n° 165.)

Si, pour cette ratification, il exigeait un supplément de prix, il nous semble que la décision devrait être la même.

Mais si, au lieu de se réserver la répétition du prix de la première vente, en laissant l'époux acquéreur en possession, il ne l'y laisse que moyennant le payement d'une somme supérieure, égale, ou même inférieure, au prix de la première vente, sauf à lui à le répéter du tiers vendeur auquel il l'a payé, alors l'héritage sera un véritable conquêt de communauté; car la convention passée entre le propriétaire et l'époux possesseur n'est pas une confirmation de la première vente, qui est anéantie : c'est une nouvelle vente, laquelle devient le seul et véritable titre de l'époux. Or ce titre est postérieur au mariage.

184. L'immeuble acquis par l'un des époux, avant son mariage, d'un mineur, sans formalités, ou d'une femme mariée, sans l'autorisation de son mari, est encore incontestablement propre de l'époux acquéreur, quand même il ne serait pas entré en possession avant le mariage, et que ce mineur, devenu majeur, ou que la femme, devenue veuve, ne ratifieraient que depuis; car il n'en est pas moins vrai que le titre d'acquisition est antérieur. Il en serait de même, si les vendeurs exigeaient un supplément de prix pour la ratification.

Pothier distinguait l'acquisition faite de la femme, de l'acquisition faite du mineur, et pensait que nonobstant la ratification de la femme devenue veuve, postérieure au mariage, l'immeuble devait être considéré comme conquêt, parce que, suivant les anciens principes, la vente faite par la femme, sans autorisation, était frappée d'une nullité absolue. Or, un acte absolument nul ne pouvant être ratifié, la ratification postérieure au mariage devenait le seul et véritable titre de l'époux acquéreur. Mais, sous l'empire du Code, la nullité des actes faits par la femme non autorisée n'est, comme celle des actes faits par le mineur, qu'une nullité purement relative. D'ailleurs, nous l'avons déjà dit, l'un des époux n'est pas recevable à attaquer, comme nuls, les titres d'acquisition de l'autre, antérieurs au mariage, quand le vendeur ne se plaint point, ne les fait point annuler. En sorte que si la femme ou le mineur, devenu majeur, avaient, sans ratification, laissé l'époux acquéreur en possession, l'immeuble n'en serait pas moins exclu de la communauté.

185. Quand, par voie de rescision, de résolution du contrat, un des époux rentre, pendant le mariage, dans un héritage qu'il avait aliéné

auparavant, l'acte même d'aliénation est un titre qui prouve qu'il en était propriétaire avant le mariage. Quand cet acte est rescindé ou résolu, il reprend donc l'héritage tel qu'il le possédait avant l'aliénation ; car la rescision remet les parties au même état où elles étaient avant le contrat; ce qui s'applique à tous les cas où il existe une cause légale de rescision.

En voici un exemple qui donne lieu à plusieurs questions :

186. Si, avant mon mariage, j'ai vendu un immeuble au-dessous des sept douzièmes de sa juste valeur, j'ai une action pour faire rescinder la vente. Cette action étant immobilière (1), comme ayant un immeuble pour objet, elle n'entre point dans la communauté; et par conséquent si l'immeuble rentre, il me sera incontestablement propre, parce que mon titre est antérieur au mariage.

187. Mais si, comme l'art. 1681 lui en donne la faculté, l'acquéreur préfère de me payer le supplément du juste prix, ce supplément, qui est une somme mobilière, entrera-t-il dans la communauté? Non, sans doute. Pothier, n° 598, second alinéa, décide fort bien que, si ce supplément est versé dans la communauté, elle en devra la récompense, parce qu'il représente l'action en rescision que la loi me donne, et qui est sans contredit immobilière. Il n'importe que le défendeur en rescision puisse se libérer en argent : ce n'est point la qualité de la chose qu'il a la faculté de payer, qui détermine la na-

---

(1) Il faut rapporter ici un arrêt de la cour de cassation, dont les considérants contiennent une doctrine contraire.

Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si un mari peut introduire une action en rescision pour lésion, à l'égard d'un propre de sa femme vendu avant le mariage.

Cinget avait formé, contre Dubout, une action en rescision pour lésion, de la vente d'une maison sise à Paris, et propre de la femme Cinget.

Dubout opposa une fin de non-recevoir, prise de ce que le mari ne pouvait introduire cette action en rescision pour lésion, qui était une action immobilière.

Le tribunal civil de la Seine et le tribunal d'appel de Paris rejetèrent cette fin de non-recevoir en l'an VII et en l'an XI.

Pourvoi en cassation, fondé sur les art. 226 et 228 de la coutume de Paris, qui défendent au mari de vendre, changer, faire partage ou licitation, obliger ni hypothéquer le propre héritage de la femme, sans son consentement : d'où le demandeur concluait que le mari ne pouvait intenter les actions immobilières de sa femme. Il soutenait ensuite que l'action en rescision était immobilière, c'est-à-dire que son objet direct était de reprendre l'immeuble vendu puisque le demandeur en rescision ne peut obliger l'acquéreur à lui parfaire le juste prix en cas de lésion.

La cour de cassation rejeta le pourvoi, par arrêt du 23 prairial an XII (Sirey, t. 4, p. 369, 370).

Ce rejet était parfaitement juste, puisque, indépendamment de la nature mobilière ou immobilière de l'action en rescision, le mari était fondé en droit à l'exercer, et qu'il était même de son devoir de le faire. En effet, la rescision pour lésion est une action temporaire qui n'est plus recevable après deux ans, et ce délai court contre les femmes mariées. (Art. 1676.) Or le mari est responsable de tout dépérissement des biens personnels de la femme, causé par défaut d'actes conservatoires. (Article 1428.) Il répond des prescriptions qu'il laisse acquérir contre elle.

Voy. les *Principes* de Duparc-Poullain, t. 5, p. 195. Il avait donc incontestablement le droit de former l'action en rescision, pour ne pas laisser acquérir contre sa femme la fin de non-recevoir de deux ans, établie par l'art. 1676.

Mais l'arrêt du 23 prairial an XII donna un tout autre motif du rejet qu'il prononça.

« Attendu, dit-il, que l'action en rescision pour cause de lésion d'outre moitié a pour objet principal et direct le supplément du juste prix de l'immeuble vendu ;

» Que si elle a pour effet de faire rentrer l'immeuble entre les mains du vendeur, ce n'est qu'éventuellement au cas où l'acquéreur aime mieux le rendre au vendeur que suppléer le prix, etc. »

Si cela était vrai, l'action en rescision pour lésion serait mobilière.

Mais malgré le profond respect que je professe pour la cour de cassation, je ne puis m'empêcher de dire qu'il y a ici erreur évidente, et que l'art. 1674 du Code prouve que l'objet principal et direct de l'action en rescision pour lésion n'est pas *le supplément du juste prix de la valeur de l'immeuble.*

« Si le vendeur, dit cet article, a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander (non pas le supplément, mais) *la rescision de la vente*, etc. »

C'est donc la rescision de la vente qui est l'objet direct et principal de l'action, le seul auquel puisse conclure le demandeur en rescision, et ce qui achève de le prouver, c'est que ce n'est qu'après la rescision admise qu'il est permis, non pas au demandeur qui l'a obtenue, de demander un supplément, mais à l'acquéreur condamné à rendre, de le payer, pour se dispenser de rendre l'héritage.

« Dans ce cas, dit l'art. 1681, *où l'action en rescision est admise*, l'acquéreur a le choix, ou de rendre la chose, en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds, en payant le supplément du juste prix, etc. »

C'est une faculté qui lui est personnelle. Ce supplément n'est donc que *in facultate solutionis.* Le demandeur en rescision ne peut le demander. Après la rescision admise, l'obligation de l'acquéreur est facultative. Il n'y a qu'une chose due, c'est l'immeuble : mais la loi lui accorde la faculté de se libérer par un supplément de prix.

Ces principes ne sont pas nouveaux. Pothier, guide principal des rédacteurs, les a établis et professés dans son *Traité du contrat de vente*, n° 332 :

« L'objet de cette action (l'action en rescision pour lésion) étant de rescinder le contrat de vente, il s'ensuit que lorsque le vendeur a fait sur cette action prononcer la nullité du contrat, l'acheteur a le droit de répéter le prix qu'il a payé, de même que le vendeur a le droit de répéter l'héritage ; car ce contrat étant rescindé, il n'y a pas de cause qui puisse donner droit à l'un de retenir le prix, et à l'autre l'héritage. D'ailleurs, il est de la nature de toutes les actions rescisoires que les parties soient remises au même état qu'elles étaient avant l'acte qu'on fait rescinder. »

C'est donc réellement la rescision, et non le supplément, qui est l'objet direct et principal de l'action, qui, par cette raison, est immobilière. Le Code n'a rien changé à ces principes, qui sont aussi professés par Delvincourt.

ture mobilière ou immobilière de la créance ou de l'action du créancier, mais la qualité de la chose qui en était l'objet, et qu'il pouvait demander. Voy. *supra*, n° 105. Or il est certain qu'il ne pouvait demander que l'immeuble qu'il avait vendu à vil prix, et non le supplément du juste prix.

188. Cependant Delvincourt, tome 3, page 287, s'élève contre la décision de Pothier. Il convient néanmoins, avec lui, que le supplément de prix représente l'action en rescision, et que cette action est un droit immobilier (1) dans la personne du vendeur, demandeur en rescision; mais il pense qu'il faut décider la question par l'*intention des époux*. « Dans l'espèce dont il s'agit, dit-il, l'immeuble était sorti des mains de l'époux avant le mariage. Par conséquent, les époux, ou au moins celui dont l'immeuble ne provient pas, n'a pas dû le regarder comme un propre. Au contraire, il a pu penser que s'il restait encore dû quelque chose sur le prix, ce reste était mobilier et devait faire partie de la communauté. Or il est certain que l'acquéreur, qui paye le supplément, ne fait pas une nouvelle acquisition; c'est l'ancienne qui subsiste, et qui est maintenue. Le supplément peut et doit donc être regardé comme le restant du prix qui est encore dû par l'acquéreur. Or nous avons vu que la créance du prix des immeubles vendus avant le mariage est *une créance mobilière,* qui tombe dans la communauté. Ce supplément doit donc également y tomber (2). »

En réponse à Delvincourt, nous lui ferons observer qu'il n'est point ici d'accord avec les principes qu'il établit quelques lignes plus haut, dans la page précédente. Il y dit fort bien « que les époux, même ceux qui se marient sans contrat, sont censés convenir entre eux d'une communauté, telle qu'elle est établie par la loi. » C'est donc comme s'ils avaient dit : « Nous mettons dans la communauté tout notre mobilier présent et futur, et nous en excluons *tous nos immeubles,* aussi présents et futurs. » Or, en se reportant à l'intention qu'ont dû avoir les parties en faisant cette convention, il est certain qu'elles n'ont pas *entendu comprendre,* dans leur communauté, les immeubles qu'elles possédaient au moment de la célébration. Donc, de quelque manière que ces immeubles sortent de leurs mains par la suite, *la communauté ne doit pas profiter de ce qui a été mis à la place,* et il est dû récompense du prix qui a pu être restitué par l'effet, soit d'une action rescisoire, soit d'une condition résolutoire.

Appliquant ces principes à l'action en rescision pour vileté de prix, nous dirons que cette action est un droit immobilier dans la personne du vendeur. Delvincourt en convient.

Il convient encore que le supplément en argent que le défendeur a la faculté de payer ne change point la nature de l'action du vendeur, et que le supplément représente l'action en rescision, en la place de laquelle il a été mis : donc il en est dû récompense, s'il a été versé dans la communauté. C'est la conséquence directe et nécessaire des principes posés par Delvincourt lui-même.

En vain cherche-t-il à éluder cette conséquence, en disant que le supplément en argent peut et doit être considéré comme un restant du prix de la vente. Comment accorder cela avec ce qu'il avoue lui-même, que ce supplément représente l'action rescisoire qu'il reconnaît immobilière dans la personne du vendeur? Nous pensons donc qu'il faut s'en tenir à la décision de Pothier.

189. Mais faut-il également suivre la décision de ce grand jurisconsulte (n° 598, premier alinéa), même dans l'espèce converse de celle dont nous venons de nous occuper, c'est-à-dire dans le cas où j'ai acquis, avant mon mariage, un héritage à vil prix? Cet héritage n'entre point dans la communauté. Depuis mon mariage, le vendeur demande la rescision du contrat pour cause de lésion. Le supplément du juste prix que je serai contraint de donner pour éviter la rescision ne fera pas entrer l'héritage en communauté : il donnera seulement lieu à une récompense. Nous ne pensons pas qu'on puisse en douter. Pothier n'en dit rien; mais c'est une conséquence du principe qu'il pose, n° 157, « que les acquêts de chacun des conjoints ne » sont conquêts que lorsque le titre ou la cause » de leur acquisition n'a pas précédé le temps » de leur communauté; sinon ils sont propres » de communauté. »

Mais si, au lieu de payer le supplément du juste prix, je préfère abandonner l'héritage au demandeur en rescision, la restitution du prix que je lui avais payé, et qu'il sera obligé de me rendre, entrera-t-elle en communauté? Pothier se prononce pour l'affirmative. Examinons ses raisons :

« Il n'en est pas de même, dit-il, du *délais* d'un héritage que l'un des conjoints avait acheté avant son mariage, qu'il a été obligé de faire durant la communauté, sur une action rescisoire du vendeur, soit pour cause de minorité, soit pour cause de lésion, soit pour quelque autre cause de rescision. La vente qui lui a été faite

(1) Voici comment il s'exprime, p. 286 :

« Pothier décide que la récompense est due, attendu, dit-il, que le supplément de prix représente l'action en rescision, qui est un droit immobilier dans la personne du vendeur. *Cela est vrai*, dit Delvincourt, *et conforme à ce que nous avons établi* au premier volume, tit. 5, chap. 5, sect. 4, en traitant des obligations facultatives. »

(2) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 114, qui adopte l'opinion de Pothier et de Toullier.

de cet héritage étant rescindée par le jugement qui intervient sur cette action, il est censé n'en avoir jamais été propriétaire : le *délais* qu'il en fait sur cette action ne peut donc pas passer pour une aliénation de son héritage propre, et la somme qui lui est rendue sur cette action par le vendeur ne peut passer pour le prix de son héritage propre : il est censé avoir été seulement créancier pour la répétition de cette somme, *condictione sine causa,* comme l'ayant payée en vertu d'un contrat nul. Cette créance étant... mobilière, est tombée dans la communauté, sans que le conjoint en puisse avoir aucune reprise. »

Il nous est malheureusement impossible de partager cette opinion, uniquement fondée, comme on le voit, sur cette proposition abstraite, que le contrat de l'époux acquéreur avant le mariage étant rescindé depuis, *il est censé n'avoir jamais été propriétaire de l'héritage :* proposition qu'on ne peut admettre dans sa généralité, et qu'on ne trouve nulle part établie par la jurisprudence, comme règle ou maxime à suivre dans toutes ses conséquences. Il est bien vrai que la rescision fait évanouir toutes les hypothèques, servitudes, en un mot toutes les charges créées par celui dont le contrat est rescindé, parce que son contrat étant résolu, il était sans pouvoir pour les créer. (Art. 2125.) *Soluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Si c'est là ce qu'on entend quand on dit que celui dont le contrat est rescindé *est censé n'avoir jamais été propriétaire*, à la bonne heure, quoique ce ne soit point sur une pareille fiction qu'est fondée la disposition de l'art. 2125. La loi elle-même ne pourrait pas dire que l'acquéreur dont le contrat est rescindé est censé n'avoir jamais été propriétaire, parce que le passé n'est pas en son pouvoir, et que le contrat a réellement existé. C'est surtout à l'égard de la communauté qu'on ne peut pas dire qu'il est censé que l'époux n'a jamais été propriétaire. Il possédait, il avait un titre : l'héritage lui était donc propre au jour de la célébration du mariage ; il l'était par la disposition de la loi. La communauté n'avait pas le droit de retirer aucun profit, directement ni indirectement, du prix de cet héritage. Ce droit ne pouvait lui être donné, depuis le mariage, par l'époux propriétaire, au jour de la célébration : ce serait une donation de sa part. Cependant, il résulterait de l'opinion de Pothier, que l'époux acquéreur, avant le mariage, serait toujours le maître, en ce cas, d'avantager indirectement la communauté par son fait; car, en payant le supplément, l'héritage demeurerait exclu de la communauté, sauf récompense, et en ne le payant pas, le prix de cet héritage, remboursé par le demandeur en rescision, entrerait en communauté, suivant Pothier. C'est ce qu'il nous est impossible d'admettre. Supposons que Titius ait acquis un domaine de 30,000 fr. Le vendeur forme depuis la demande en rescision pour lésion. Si Titius paye le supplément du juste prix, l'héritage lui demeurera propre, sauf récompense, et s'il ne paye pas le supplément, il fera entrer en communauté la somme de 30,000 fr. qui est incontestablement le prix du domaine délaissé.

Mais, dit Pothier, ce n'est pas le prix de son héritage propre. Sans disputer inutilement sur le mot, il suffit de dire que c'est incontestablement le prix d'un héritage qui était exclu de la communauté : le prix n'y peut donc également entrer : *pretium succedit loco rei.* Cela nous paraît évident. Enfin, ce qui lève toute espèce de doute sous l'empire du Code, c'est que l'époux était en possession au jour du mariage : l'héritage lui était donc propre, suivant la nouvelle règle établie par l'art. 1404, qui exclut de la communauté tous les immeubles que les époux possèdent au jour du mariage.

190. Ce que nous avons dit des immeubles rentrés aux époux par la rescision fondée sur la lésion s'applique au cas de toute autre rescision fondée sur une cause légale. Ils sont tous exclus de la communauté, parce que toute rescision suppose qu'il existait un titre antérieur, ce qui est même prouvé par le contrat d'aliénation qu'on veut faire rescinder; et comme la rescision remet les parties au même état où elles étaient avant le contrat rescindé, l'époux redevient possesseur au même titre qu'il l'était avant l'aliénation.

191. Dans le cas d'une simple résolution, qui ne détruit l'aliénation que pour l'avenir et la laisse subsister pour le passé, on ne peut pas dire que le conjoint soit censé avoir toujours été propriétaire au même titre ; mais on peut dire que quoiqu'il ait véritablement cessé pendant un temps d'être propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre, comme il n'y a aucun nouveau titre d'acquisition en vertu duquel il soit redevenu propriétaire, il ne peut l'être qu'au même titre qu'il l'était au temps de l'aliénation.

192. Par exemple, dans le cas d'une donation pour survenance d'enfants, le conjoint rentre dans la propriété des biens donnés, par la simple résolution de l'aliénation qu'il en avait faite; sans aucun nouveau titre d'acquisition, il redevient donc propriétaire au même titre qu'il l'était avant la donation. (Pothier, n° 187.)

193. Par exemple encore, le conjoint redevenu, pendant le mariage, propriétaire, par l'exercice du réméré, de l'héritage qu'il avait antérieurement vendu à cette condition, n'en redevient pas propriétaire en vertu d'un nouveau contrat, puisqu'il n'intervient aucune convention nouvelle entre lui et son acquéreur, et qu'il n'a pas même besoin de son consentement pour l'exercice du réméré. Ce n'est donc que la résolution de la précédente vente, et non pas un titre nouveau. Il redevient propriétaire au même titre qu'il l'était auparavant.

194. Il n'est même pas nécessaire que la résolution s'opère en vertu d'une cause préexistante au contrat d'aliénation, pour que l'héritage rentré au conjoint pendant le mariage lui demeure propre. Par exemple, la révocation d'une donation prononcée pour cause d'ingratitude n'a point de cause préexistante au contrat. Cependant, comme le jugement qui ne fait que prononcer la révocation pour cause d'ingratitude n'est point un nouveau titre d'acquisition, le donateur redevient propriétaire au même titre qu'il l'était auparavant. (Pothier, nº 188.)

195. Le désistement pur et simple consenti par l'acquéreur, qui n'aurait pas encore payé tout ou partie du prix de son acquisition, fait en faveur du conjoint vendeur, n'est encore qu'une résolution de la vente, que le vendeur pourrait faire prononcer en justice, en vertu de l'art. 1184. Ce désistement n'est donc point un titre nouveau, c'est plutôt *distractus quam novus contractus*, dit fort bien Pothier. L'héritage ainsi rentré est donc un propre de communauté.

Il en résulte une chose qu'il faut remarquer ici. Supposons que Titius, avant son mariage, ait vendu un immeuble 10,000 fr., dont 5,000 fr. ont été payés par l'acquéreur, qui reste débiteur de pareille somme de 5,000 fr. Titius se marie. Ce crédit de 5,000 fr. entre dans la communauté légale. (*Voy.* ce que nous avons dit *supra.*) Pendant le mariage, l'acquéreur se désiste de son acquisition, pour ne pas payer les 5,000 fr. Titius accepte le désistement. Il est obligé de rendre les 5,000 fr. qu'il avait reçus, et dont il est dû récompense à sa communauté; mais de plus il devra récompense du crédit de 5,000 fr. qui se trouve éteint, parce que ce n'est qu'au moyen de son extinction qu'il recouvre la possession d'un immeuble qui lui reste propre. C'est une conséquence nécessaire de l'art. 1437.

Si, au lieu d'un désistement pur et simple, l'acquéreur ne consentait à résoudre son contrat que moyennant une augmentation de prix, ou à de nouvelles conditions, ce serait une véritable vente ou une rétrocession, et l'héritage serait conquêt. Il en serait encore de même si le désistement, en apparence pur et simple, n'était fait qu'après le payement intégral du prix, parce qu'il n'y aurait plus alors de cause de résolution du contrat.

196. Tout ce que nous avons dit sur l'exclusion de la communauté des immeubles dont les époux n'avaient pas la possession au jour du mariage, et qui l'ont recouvrée depuis par voie de rescision ou de résolution du contrat d'aliénation, ne peut guère souffrir de difficulté, lorsque la rescision ou la résolution ont été prononcées par un jugement; mais si l'époux n'est rentré en possession qu'en vertu d'un arrangement fait avec le possesseur défendeur en rescision, qui a consenti à lui délaisser l'héritage, il peut s'élever des difficultés sérieuses; car le droit de propriété n'est point par lui-même aussi évident que le fait d'une possession antérieure au mariage, et l'époux qui prétend, lors du partage de la communauté, s'approprier un héritage acquis depuis le mariage, doit prouver qu'il en était propriétaire auparavant; car il est demandeur.

Si le défendeur en rescision a délaissé l'héritage gratuitement, sans rien exiger, ou du moins sans exiger autre chose que ce qu'il avait lui-même payé, il en résulte qu'il reconnaissait la demande bien fondée. En ce cas, nul doute que l'héritage ainsi délaissé à l'époux demandeur ne lui soit propre, et comme tel exclu de la communauté, parce que la propriété de l'époux remonte avant le mariage.

La difficulté s'élève quand l'époux demandeur a payé une somme pour le délaissement; car elle peut n'avoir été donnée que pour éviter un procès dont l'issue est presque toujours incertaine, *propter aleam judiciorum;* mais elle peut aussi l'avoir été pour procurer à l'époux une acquisition avantageuse, au préjudice de la communauté. Alors les termes du traité, ou les titres de l'époux pourraient lever les doutes, surtout si c'était un héritage vendu par l'époux avant le mariage; car le contrat d'aliénation, dont il demande la rescision, prouve qu'il en a eu la propriété.

Si la somme était considérable; si, par exemple, elle égalait toute la valeur de l'héritage, il y aurait alors une forte présomption que le délaissement n'est qu'une véritable vente déguisée sous le nom d'une transaction; et cette présomption suffirait pour faire déclarer l'héritage conquêt, à moins qu'elle ne fut détruite par d'autres présomptions plus fortes. S'il s'agissait d'un héritage que le défendeur n'eût pas acquis de l'époux demandeur, ce serait une circonstance de moins en faveur de ce dernier (1). Voici comment s'exprime à cet égard notre savant Duparc-Poullain, dans ses *Principes*, tome 5, page 86: « La transaction par laquelle l'un des conjoints est déclaré propriétaire d'un héritage possédé par un tiers peut être un propre ou un acquêt, suivant les circonstances. La non-possession, antérieure à la transaction, peut faire présumer que le titre de transaction n'est qu'un voile dont on a voulu couvrir un simple acquêt de la communauté pour donner à l'un des conjoints tout le profit de l'acquisition.

» Mais si le conjoint avait un droit certain, quoique sans possession, il ne peut y avoir aucun soupçon de fraude; et je crois même qu'il suffirait que le droit fût apparent, la communauté étant indemnisée par la reprise en nature

(1) *Voy.* Dalloz, nº 114; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 166; Battur, nº 220.

de décharge de propre, pour tout ce qui a été payé en vertu de la transaction. »

Il ajoute : « D'Argentré dit qu'après la dissolution de la communauté, l'autre conjoint peut soutenir le procès pour prouver que le conjoint auquel l'héritage a été adjugé par la transaction, n'y avait aucun droit ; ce qui ne parait devoir s'entendre que dans l'espèce où l'un est en état de prouver bien clairement le contraire de ce qui est reconnu par la transaction ; car, ajoute cet auteur, dans l'incertitude, la transaction fait présumer un droit préexistant. »

---

§ II. *Du passif de la communauté, et des actions qui en résultent contre la communauté.*

SOMMAIRE.

197. Pour composer le passif de la communauté, le Code suit une marche parallèle à la composition de l'actif, et suit la règle : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi.*
198. Texte de l'art. 1409.
199. Trois classes de dettes de la communauté : 1° dettes des deux époux antérieures au mariage ; 2° dettes contractées pendant le mariage ; 3° dettes des successions échues durant le mariage.
200. Les dettes mobilières antérieures au mariage y entrent, quand même elles excéderaient la valeur de tous les biens de l'époux débiteur
201. Le créancier de la femme, en vertu d'un titre authentique, ne peut poursuivre le mari par voie d'exécution, que huit jours après la signification de son titre.
202. Les dettes de la femme antérieures à la communauté n'y entrent point, si elles résultent d'un titre dont la date n'est pas assurée. Le créancier n'en peut poursuivre le payement que sur la nue propriété de ses biens.
203. Les dettes qui ont des meubles pour objet sont mobilières, quoique le débiteur ait donné pour sûreté une hypothèque, qui est un droit réel.
204. La communauté n'est pas chargée des dettes purement hypothécaires des époux. Exemples.
205. Des dettes solidaires.
206. Des dettes alternatives d'un meuble ou d'un immeuble.
207. Des dettes facultatives.
208. Nature de l'obligation de faire ou de ne pas faire.
209. La dette du prix d'un immeuble acquis par l'un des conjoints avant le mariage n'entre point en communauté, et pourquoi.
210. Non plus que les sommes dues pour retour de lot d'un partage d'immeubles, pourvu que l'époux ne les eût pas vendus avant le mariage.
211. Les dettes d'un corps certain appartenant à l'un des conjoints, quoique mobilières, n'entrent point en communauté. Exemples.
212. Toutes les dettes immobilières sont exclues de la communauté, telles que les revendications d'immeubles que possédait l'un des conjoints au moment du mariage, les obligations de donner un immeuble déterminé ou indéterminé.
213. La communauté n'est chargée que des arrérages et intérêts, et non des capitaux des rentes et dettes passives *personnelles* aux époux.
214. Équivoque de ce mot. Il est ici opposé aux rentes et dettes *communes*. Les rentes et dettes personnelles sont les *propres passifs*, qui n'entrent dans la communauté que pour les arrérages et intérêts, comme les propres actifs n'y entrent que pour les fruits et revenus.
215. Exemples de ces dettes et rentes personnelles ou propres passifs.
216. Des dettes contractées par les conjoints durant le mariage, et 1° de celles contractées par le mari.
217. Toutes les dettes qu'il contracte pendant le mariage, même étrangères aux affaires de la communauté, sont néanmoins à sa charge.
218. Le droit du mari d'obliger indéfiniment tous les biens de la communauté vient de ce que les coutumes l'en déclaraient seul et vrai propriétaire.
219. Erreur de Pothier, qui se fonde sur la présomption d'un mandat tacite donné par la femme au mari.
220. Sous les coutumes où la confiscation était admise, le crime du mari emportant peine capitale faisait confisquer tous les biens de la communauté, même la part éventuelle de la femme.
221. Dumoulin fit changer la jurisprudence, par la raison que la mort civile opère la dissolution de la communauté.
222. Sous la jurisprudence antérieure au Code, quand le crime du mari emportait la mort civile, les amendes, dépens, même la réparation civile, ne se prenaient que sur sa part de communauté ; s'il n'emportait point la mort civile, les amendes, réparations civiles et dépens, étaient à la charge de toute la communauté
223. Sous l'empire du Code, les condamnations prononcées contre le mari pour crime emportant la mort civile, tant les amendes que la réparation civile et les dépens, ne frappent que sa part de communauté.
224. Mais si le crime n'emporte pas la mort civile, les réparations civiles et les dépens sont dettes de communauté. Les amendes seules, qui sont la peine du délit, sont dettes personnelles du mari.
225. Erreur de Delvincourt, qui dit que la réparation civile n'est pas dette de communauté, quoique le crime n'emporte pas mort civile.
226. La garantie de la vente du propre de la femme vendu sans son consentement est dette de communauté. Réfutation de la doctrine contraire de Pothier.
227. La communauté n'est point tenue des dettes que le mari ne contracte que pour son intérêt personnel.
228. Ou pour les enfants d'un autre lit, si ces dettes ont le caractère d'une libéralité.
229. Il en est de même des dettes contractées pour ses

père et mère, mais non de celles contractées pour ses héritiers présomptifs collatéraux.

230. La femme ne peut engager les biens de la communauté par ses actes, sans le consentement du mari.

231. Même par son delit, et les condamnations qu'elle subirait ne pourraient être exécutées que sur la nue propriété de ses biens. Il faut excepter les cas où le mari répond civilement des délits de sa femme.

232. Si le mari les payait, il serait dû récompense. Ainsi, nulle égalité entre le mari et la femme, et pourquoi.

233. Des dettes contractées par la femme du consentement de son mari.

234. De la femme qui s'oblige solidairement avec son mari.

235. De la femme qui s'oblige pour tirer son mari de prison, et dans quels cas la justice doit refuser de l'autoriser.

236. Il en est de même des obligations de la femme pour payer la rançon de son mari.

237. De celles qu'elle contracte pour tirer son fils de prison, ou pour s'en tirer elle-même.

238. Comment la femme peut se faire autoriser de justice.

239. L'obligation de la femme autorisée de justice pour tirer son mari de prison, pour l'établissement des enfants communs, ou pour toute autre affaire commune, peut s'exécuter sur les biens de la communauté.

240. La femme marchande publique peut s'obliger pour le fait de son négoce, et même obliger son mari sans autorisation, et pourquoi.

241. Le consentement du mari à ce que sa femme fasse le commerce n'a pas besoin d'être exprès ni par écrit.

242. La femme n'est pas marchande publique quand elle ne fait que détailler les marchandises de son mari ; elle n'est alors que sa factrice.

243. Si la femme était commerçante avant le mariage, son commerce entrerait en communauté, et elle deviendrait encore la factrice de son mari, si celui-ci se mêlait du commerce. Pour être marchande publique, il faut absolument qu'elle fasse un commerce séparé.

244. La femme ne peut se dégager de l'obligation contractée comme marchande publique en renonçant à la communauté.

245. Elle ne soumet pas son mari à la contrainte par corps, quoiqu'elle y soit elle-même soumise.

246. Il ne suffit pas que la femme ait pris la qualité de marchande publique, si elle ne l'est pas réellement.

247. La femme qui entreprendrait un commerce à l'insu de son mari, par exemple pendant son absence, n'engagerait ni les biens de son mari, ni ceux de la communauté.

248. Actes commerciaux de deux espèces : les uns tels par leur nature, les autres par la qualité des personnes. Les billets ne sont point actes commerciaux par leur nature.

249. Comment reconnaître ceux qui le sont ou ne le sont pas ?

250. Les billets ou obligations notariés sont présumés non commerciaux, sauf preuve contraire.

251. Les actes non commerciaux de leur nature n'engagent pas la femme marchande publique sans autorisation, s'il n'est pas prouvé qu'ils ont pour cause des opérations de commerce ; par exemple, la vente de ses immeubles. Explication de l'art. 7 du Code de commerce, qui est une suite de l'art. 5.

252. La loi ne présume pas que cette vente ait le commerce pour objet. Opinion contraire de Duranton.

253. La femme commerçante n'oblige son mari que *lorsqu'il y a communauté entre eux*. *Secus* s'ils sont séparés de biens.

254. Ou s'il y a exclusion de communauté.

255. Dans le cas de la communauté conventionnelle, même réduite aux acquêts, les actes de la femme commerçante obligent le mari.

256. Même s'il était dit que la femme survivante aura la totalité de la communauté, comme le permet l'art. 1525.

257. Le mari peut toujours révoquer son consentement, mais la révocation n'a point d'effet rétroactif.

258. Forme de la révocation.

259. Si le mari peut révoquer son consentement, lorsqu'il y a séparation de biens. Distinction.

260. Les dettes de la femme contractées pour son négoce sont dettes de communauté, pour lesquelles le mari peut être poursuivi pour le tout. *Quid* de la femme ?

261. Par exception à la règle générale, la femme oblige la communauté et le mari pour les emplettes de fournitures et choses nécessaires au ménage, quoique faites sans autorisation. Développement de cette maxime.

262. Lamoignon proposait de l'ériger en loi.

263. Malheureusement elle ne l'a point été ; en sorte qu'on pourrait croire d'abord qu'elle est abandonnée à l'arbitraire du juge.

264. Ce qui mettrait la condition des femmes au-dessous de celle des domestiques de confiance. Les coutumes déclaraient nulles les obligations des femmes non autorisées. La jurisprudence n'en jugeait pas moins valides celles qui avaient pour objet les fournitures différentes de la famille. Preuves par les arrêts des différents parlements. Discussion de ces arrêts.

265. Et par le sentiment des auteurs.

266. Le Code n'a point détruit une jurisprudence si raisonnable, qu'on peut, suivant Merlin, regarder comme une maxime.

267. Réponse aux objections.

268. Un arrêt qui jugerait *en point de droit* que le mari n'est point tenu des obligations pour choses nécessaires au ménage pourrait être cassé pour fausse interprétation de l'art. 1426.

269. Première exception à la maxime : Si le mari a dénoncé aux marchands de ne point vendre à crédit à sa femme, il n'est point tenu des achats qu'elle fait. Il en est cru à son serment.

197. Après avoir composé l'actif de la communauté, en indiquant ce qui doit y entrer pour l'augmenter et l'enrichir, le Code civil passe à la composition du passif, en indiquant ce qui doit y entrer pour la diminuer : telles sont les dettes mobilières de chacun des époux et les autres charges qui leur sont imposées; et l'on doit remarquer qu'il fait marcher sur une ligne parallèle le passif et l'actif, en sorte que toutes les choses qui entreraient dans l'actif, de la communauté, si elles appartenaient à l'un des époux, entrent dans le passif et sont à la charge de la communauté, si elles sont dues par lui, suivant cette règle d'équité naturelle : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi* (1), comme nous l'allons voir en expliquant en détail chacune des dettes et charges de la communauté.

198. L'art. 1409 porte : « La communauté se » compose passivement :

» 1° De toutes les dettes mobilières dont les » époux étaient grevés au jour de la célébration » de leur mariage, ou dont se trouvent chargées » les successions qui leur échoient durant le mariage, sauf la récompense pour celles *relatives* » *aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des* » *époux;*

» 2° Des dettes, tant en capitaux qu'arrérages » ou intérêts, contractées par le mari pendant la » communauté, ou par la femme, du consente-

(1) C'est la règle de droit : « Secundum naturam est commoda cujusque rei cum sequi, quem sequuntur incommoda. » (L. 10, ff. *de reg. jur.*)

» ment du mari, sauf la récompense, dans les » cas où elle a lieu;

» 3° Des arrérages et intérêts seulement des » rentes ou dettes passives qui sont personnelles » aux deux époux;

» 4° Des réparations usufructuaires des im» meubles qui n'entrent point en commu» nauté;

» 5° Des aliments des époux, de l'éducation » et entretien des enfants, et de toute autre charge » du mariage (1). »

199. Il faut développer chacune de ces dispositions. Notre article fait trois classes des dettes de la communauté : 1° celles dont les époux étaient grevés au jour du mariage; 2° celles qu'ils ont contractées pendant le mariage; 3° celles dont se trouvent chargées les successions qui leur échoient durant le mariage. Nous parlerons successivement de ces trois classes de dettes, et d'abord des premières.

200. Le Code ne fait entrer en communauté que les dettes mobilières des époux, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu *supra*, n° 93, celles qui ont des meubles pour objet. C'est une conséquence de la règle : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi*. Le Code, faisant entrer dans la communauté l'universalité des droits actifs mobiliers des deux époux, a dû aussi y faire entrer toutes leurs dettes passives mobilières. Remarquez même qu'il les y fait entrer indéfiniment dans leur intégralité, quand même elles excéderaient la valeur de l'actif mobilier, ou même la valeur de tous les biens de celui qui en est débiteur. Le mari n'a point à s'en plaindre, si elles proviennent de son chef, puisque sa condition reste la même qu'avant le mariage, et que de plus elle est rendue meilleure par le mobilier que lui apporte la femme, et celle-ci a un moyen pour se dégager du poids des dettes, en renonçant à la communauté lors de la dissolution du mariage, et même, si elle avait eu l'imprudence de l'accepter, la loi a pourvu à ses intérêts, en ne l'assujettissant aux dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument. (Art. 1483.)

Si les dettes sont du chef de la femme, le mari n'a aucun moyen de s'en dégager, quelque considérables qu'elles soient. Il devait savoir que, suivant l'ancienne règle de notre droit français, *qui épouse la femme épouse les dettes*; s'il ne voulait pas s'y soumettre, il devait exclure les dettes de la communauté par une stipulation expresse du contrat de mariage, et faire inventaire des meubles que lui apportait la femme. Ainsi, par le mariage, le mari devient personnellement et indéfiniment tenu des dettes de sa femme, sauf quelques exceptions.

201. Néanmoins, quand même ces dettes résulteraient d'un titre authentique et exécutoire contre la femme, les créanciers ne pourront poursuivre le mari par voie d'exécution que huit jours après la signification du titre (2), ou avant qu'ils aient obtenu un jugement contre lui (3).

202. Le Code exige néanmoins, pour charger la communauté des dettes contractées par la femme avant le mariage, qu'elles « résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte. » (Art. 1410.)

Comme depuis le mariage la femme ne peut contracter aucune dette sans l'autorisation de son mari, celui-ci n'est tenu d'acquitter la dette de la femme, lorsque le titre est sous seing privé, que lorsque la date qui paraît antérieure au mariage est assurée et certaine. C'est le seul moyen de prévenir les fraudes et les surprises qui pourraient être faites à des femmes mariées. Il paraît que la jurisprudence antérieure au Code permettait au créancier d'établir que la date était antérieure au mariage par des présomptions (4). Le Code ne le lui permet plus. Il exige que la date soit assurée ou par l'enregistrement, ou par le décès d'un ou de plusieurs signataires. Il faut ajouter, avec l'art. 1328 : « ou du jour où la substance du titre est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. »

Le titre n'en reste pas moins valide à l'égard de la femme; mais le créancier ne peut, suivant l'article 1410, en poursuivre le payement contre elle durant le mariage, que *sur la nue propriété de ses immeubles personnels*, ou sur les meubles qu'elle a exclus de la communauté.

« Le mari qui prétendrait avoir payé pour sa » femme une dette de cette nature n'en peut » demander la récompense ni à sa femme, ni à » ses héritiers (art. 1410), » parce qu'en payant volontairement cette dette, il reconnaît tacitement la vérité de la date antérieure au mariage, et, par conséquent, il ne fait qu'acquitter une dette de communauté (5).

203. Nous avons dit que les dettes mobilières sont celles qui ont des meubles pour objet. Ainsi, toutes les obligations de donner des meubles quelconques, une somme d'argent, une certaine quantité de blé, de vin, un cheval, un bœuf, sont des dettes mobilières à la charge de

(1) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 213 et 218; Dalloz, v° *Communauté*, n° 165; Pothier, n° 246.

(2) Par argument de l'art. 877. *Voy.* aussi Pothier, n° 242.

(3) *Voy.* Dalloz, *eod. verbo*, n° 188; Pothier, n° 242; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 220.

(4) *Voy.* Pothier, *Traité de la communauté*, nos 74, 245 et 627. *Voy.* aussi ce que nous avons dit t. 3 (VI, éd. fr.), n° 699, et *supra*, n° 102.

(5) Dalloz, v° *Communauté*, n° 182; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 229; Pothier, nos 73, 245, 627.

la communauté, quand même le débiteur aurait donné une hypothèque pour sûreté de la dette; car quoique l'hypothèque soit un droit réel sur les immeubles du débiteur, comme elle n'est qu'un accessoire de la dette, elle n'en change pas la nature mobilière; et si, par la suite, l'immeuble hypothéqué à cette dette était vendu pour l'acquitter, la communauté en devrait récompense à l'époux à qui l'immeuble appartenait, parce que le prix a été employé pour une dette commune (1).

204. Mais le Code ne charge la communauté que des dettes personnelles et mobilières des époux, et non pas de leurs dettes purement hypothécaires; c'est-à-dire de celles dont ils ne sont tenus que comme possesseurs de l'héritage hypothéqué. Par exemple, si l'un des époux avait, par imprudence, acheté, avant son mariage, un héritage hypothéqué par son vendeur, devenu insolvable, pour 3,000 fr., cette dette ne serait point à la charge de la communauté, car c'est la chose qui doit et non pas la personne : *Res, non persona, debet.* C'est pourquoi, si l'héritage était délaissé au créancier, il n'en serait dû aucune récompense, et si, pour éviter ce délaissement, cette dette était payée pendant le mariage, il en serait dû récompense à la communauté, par l'époux possesseur. (Pothier, n° 238.)

De même, si l'un des époux n'était, à l'époque du mariage, débiteur personnel d'une dette mobilière que pour un quart, quoiqu'il en fût tenu hypothécairement pour le tout, la communauté ne serait chargée que du quart. C'est ce qui arrive dans le cas des dettes de succession, puisque les héritiers ne sont, suivant l'art. 873, tenus personnellement des dettes et charges de la succession, que pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout (2).

205. Le débiteur d'une dette solidaire, au contraire, n'étant pas moins personnellement débiteur de la totalité, la dette est aussi pour la totalité à la charge de la communauté, sauf le recours contre les codébiteurs de l'époux solidaire, chacun pour sa portion (3).

206. Si l'un des époux, au temps du mariage, est débiteur d'une dette alternative de deux choses, dont l'une est meuble, l'autre immeuble, la qualité de la dette est en suspens jusqu'au payement; elle sera censée avoir été immobilière dès le principe, si c'est l'immeuble qui est donné; mobilière si c'est le meuble.

Par exemple, si un testateur, en instituant l'un des époux héritier, avant son mariage, l'a chargé de donner à Caïus, au choix de ce dernier, telle maison ou 20,000 fr.; si Caïus exige la maison, la dette, étant immobilière, n'entrera point dans la communauté légale; si, au contraire, il exige les 20,000 fr., la dette, étant mobilière, entrera en communauté.

Si, au contraire, le testateur avait laissé le choix à l'époux institué son héritier, le choix de ce dernier n'en déterminera pas moins la qualité mobilière ou immobilière de la dette, quoiqu'en ce cas il demeure le maître de la faire ou de ne la point faire entrer en communauté; car, dit Pothier, n° 627, la qualité de la dette était en suspens, et dépendait d'un choix qui lui appartenait. Il ne serait dû aucune récompense, s'il optait de donner la somme, parce que la dette, étant censée mobilière dès le principe, était entrée en communauté.

207. Il ne faut pas confondre la dette alternative avec la dette facultative, dans laquelle le débiteur a seulement la faculté de payer une chose au lieu d'une autre de nature différente; par exemple si un testateur, en m'instituant héritier, m'avait chargé de donner une maison, avec faculté de donner à la place une somme de 20,000 fr., ce n'est point là une dette alternative. La maison est la seule chose qui soit due, le véritable objet de l'obligation. Les 20,000 fr. sont seulement *in facultate solutionis.* Cela est si vrai que le créancier ne peut demander que la maison. Dans ce cas, la qualité de la dette est immobilière de sa nature, et si je prends dans la communauté la somme de 20,000 fr. pour me dispenser de donner la maison, j'en devrai récompense. Voy. *supra*, n° 105.

208. La nature mobilière ou immobilière de l'obligation de faire ou de ne pas faire paraît d'abord difficile à déterminer. Par exemple, un des conjoints s'est obligé, avant le mariage, de construire une maison. L'objet de l'obligation paraît être un immeuble : par conséquent, la dette serait immobilière; mais comme, suivant l'article 1142, toutes les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages et intérêts, qui ne consistent qu'en une somme d'argent, ces dettes sont dans la réalité mobilières, et entrent par conséquent en communauté (4). (Pothier, n° 235.)

209. Du principe que toutes les dettes personnelles et mobilières des époux sont à la charge de la communauté, nos auteurs exceptaient celles qui avaient pour cause le prix d'un propre de communauté, par exemple le prix d'un héritage acquis pendant le mariage (5). Ils fondaient cette exception sur ce qu'il leur paraissait trop dur que l'un des époux fit payer à la communauté le prix d'un héritage qui n'y entrait pas; mais cette exception n'était que la conséquence directe ou l'application d'un autre principe : c'est qu'aucun des époux ne peut personnellement s'enrichir aux dépens de la communauté.

---

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 216; Dalloz, n° 169.
(2) Id. *ibid.*, n° 220; et Dalloz, n° 170.
(3) Id. *ibid.*, n° 221; et Dalloz, n° 170.

(4) *Voy.* Dalloz, v° *Communauté*, n° 168; Duranton, *ubi supra*, n° 22.
(5) Pothier, n° 239.

Ce principe est consacré par l'art. 1437 du Code, qui porte : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre, ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. »

210. Ce qui s'applique aux sommes dues pour retour de lot d'un partage d'immeubles d'une succession échue avant le mariage; car ce retour de lot est le prix des immeubles qu'il a reçus de plus que ses copartageants, et qui sont propres de communauté.

Mais cette exception ne s'applique qu'au cas où le conjoint était encore, au temps du mariage, propriétaire des héritages dont il doit le prix, ou sur lesquels il doit un retour de lot. S'il les avait vendus, la dette, quoique ayant originairement poûr cause le prix de l'immeuble, serait à la charge de la communauté, et s'il en était tiré des deniers pour l'acquitter, il n'en serait dû aucune récompense; le payement n'aurait pas été fait pour libérer un des propres de l'époux débiteur.

La raison qui fait exclure de la communauté la dette qui a pour cause le prix d'un héritage acquis avant le mariage, et par conséquent propre du conjoint acquéreur, ne peut évidemment s'appliquer qu'aux dettes passives. On ne peut donc en argumenter, pour exclure également de la communauté la créance du prix d'un héritage vendu par l'un des conjoints avant le mariage. Voy. *supra,* n° 104 (1).

211. Le principe que les dettes mobilières des conjoints sont une charge de la communauté légale reçoit encore une exception à l'égard des dettes d'un corps certain, qui, quoique mobilier, appartient à celui des conjoints seul qui en est débiteur, et n'est point entré dans la communauté. Pothier en donne pour exemple la dette qui résulte de la vente qu'un des conjoints a faite avant son mariage, d'arbres, encore sur pied, sur son héritage, au jour de la célébration. C'est une dette mobilière de ce conjoint; car il ne doit livrer les arbres qu'il a vendus, qu'après qu'ils seront abattus, et par conséquent devenus meubles. Néanmoins, comme ces arbres n'entrent point en communauté, la dette de ces arbres n'y entre point également (2).

Autre exemple : L'un des époux a promis avant son mariage de donner un meuble précieux, un diamant, un tableau de David, un cheval de prix qu'il possédait encore au moment du contrat de mariage, et qu'il a immobilisé. Cette dette, quoique mobilière, n'est point à la charge de la communauté.

Mais si, dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, le conjoint possesseur de ce meuble l'avait vendu et livré à un tiers, comme il ne reste plus au premier créancier qu'une action en dommages et intérêts, elle serait à la charge de la communauté (3).

212. En ne mettant à la charge de la communauté que les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage, le Code en exclut évidemment les dettes immobilières, c'est-à-dire celles qui ont un immeuble pour objet. Telles sont toutes les revendications d'un héritage qu'il possédait au jour de la célébration du mariage; car s'il avait cessé de le posséder à cette époque, s'il s'était mis par sa faute dans l'impossibilité de le rendre, il n'existerait plus contre lui qu'une action en dommages et intérêts, qui serait à la charge de la communauté.

Telles sont encore les obligations contractées par l'un des conjoints, ou qui lui ont été imposées par le testament de celui dont il était héritier, de donner un immeuble déterminé ou indéterminé. Par exemple, un testateur, en m'instituant héritier, m'a chargé de donner à Caïus dix arpents de terre dans les environs de Paris. Je me marie avant que ce legs soit acquitté; ma communauté légale n'en sera point chargée. C'est une dette immobilière, quand même le testateur n'eût point possédé de terres, car l'action de Caïus n'en est pas moins *ad immobile consequendum.* Si durant mon mariage j'acquiers dix arpents de terre pour les délivrer à Caïus, il sera dû récompense à la communauté de la somme que j'en aurai tirée pour cette acquisition.

Et si, par arrangement, Caïus avait consenti à recevoir une somme, au lieu de dix arpents de terre, il en serait également dû récompense à la communanté; car enfin, c'est pour me libérer d'une dette immobilière, qui n'était point à sa charge, que cette somme en a été tirée.

Il en serait autrement si le testateur avait légué à Caïus de quoi acheter dix arpents de terre; car en ce cas, ce ne serait que la somme nécessaire pour les acheter : la dette serait donc purement mobilière et à la charge de la communauté (4).

213. Quand le Code dit que toutes les dettes mobilières, dont les conjoints sont grevés au jour de la célébration du mariage, sont à la charge de la communauté, cela s'entend des

(1) Pothier, n° 239; Dalloz, v° *Communauté,* n° 176; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 214.
(2) Pothier, n° 246; Duranton, *ubi supra,* n° 223.
(3) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 222.

(4) Delvincourt adopte cette opinion, qui n'est admise qu'en partie par Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 225. *Voy.* Pothier, n° 245.

dettes, tant en principaux qu'en arrérages ou intérêts, des dettes, tant exigibles que non exigibles. Il y en a cependant dont les capitaux n'entrent point dans la communauté. L'article 1409, n° 3, ne la charge « que des arrérages et intérêts seulement, des rentes ou dettes passives qui sont *personnelles* aux deux époux (1). »

214. Cette disposition a paru obscure, et il faut bien en effet qu'il y ait quelque obscurité, puisque des hommes d'ailleurs très-instruits ne l'ont point entendue. L'obscurité est venue du mot *personnelles,* qui est équivoque. Les rentes constituées, dont un des époux se trouve personnellement débiteur au jour du mariage, sont sans contredit des rentes personnelles, dans l'acception générale du mot, qu'on a coutume d'opposer au mot réel : *droits personnels, droits réels.* Si le mot rentes *personnelles* était pris ici dans cette acception générale, il s'ensuivrait, en effet, que toutes les rentes passives des époux ne seraient à la charge de la communauté que pour les arrérages seulement, et non pour les capitaux.

Mais comment l'entendre de cette manière sans une espèce d'absurdité ? Si l'un des époux était, au jour du mariage, créancier d'une rente constituée, elle entrerait certainement en communauté, tant pour les arrérages que pour le capital, comme nous l'avons dit dans le paragraphe précédent, puisque, d'une part, elle est réputée meuble par l'art. 529 du Code civil; que, de l'autre, l'art. 1401 du même Code déclare que la communauté se compose activement, entre autres choses, *de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage,* et que, sous les expressions *tout le mobilier*, sont nécessairement compris, aux termes de l'art. 530, tous les objets que l'article précédent, et par conséquent l'art. 529, range dans la classe des meubles. Or il est impossible qu'il n'en soit pas des rentes passives comme des rentes actives, c'est-à-dire que la communauté puisse profiter de celles-ci sans être chargée de celles-là : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi.* C'est cette règle d'équité qu'a suivie le Code en composant le passif de la communauté. On ne peut donc, sans choquer la raison, entendre l'art. 1409, n° 3, de toutes les rentes passives et dettes *personnelles* aux époux, dans l'acception générale et ordinaire du mot *personnel.*

Mais enfin, quelle est donc l'acception que l'art. 1409, n° 3, donne à ce mot? Comment doit-on l'entendre? Il n'est pas difficile de le savoir, si l'on fait attention que dans ce paragraphe le Code traite des dettes des conjoints qui composent le passif de la communauté. Il ne met pas à sa charge toutes les dettes dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage; il y en a qui restent à la charge personnelle de l'époux qui les doit; les autres sont à la charge de la communauté. Ainsi, il y a des dettes communes ou des dettes de communauté, et des dettes *personnelles* aux deux époux : ce sont des *propres passifs.*

Les dettes communes entrent dans le passif de la communauté, tant pour les capitaux que pour les arrérages ou intérêts.

Les dettes personnelles ou propres passifs n'y entrent point pour les capitaux, mais seulement pour les arrérages et intérêts; car, comme tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages des propres actifs des deux époux entrent dans l'actif de la communauté, il est juste d'en déduire les intérêts et arrérages de leurs propres passifs, c'est-à-dire des rentes ou dettes passives qui leur sont propres et personnelles. C'est ce qu'exige encore la règle : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi.* Et voilà ce que dit le n° 3 de l'art. 1409, qui ne met dans le passif de la communauté que « les intérêts et arrérages seulement des rentes et des dettes passives, qui sont *personnelles* aux deux époux. » Ce mot *personnelles* ne doit donc plus paraître obscur ni équivoque; il est ici l'opposé des dettes communes.

215. Le Code ne dit point, dans le n° 3 de l'art. 1409, quelles sont ces dettes personnelles aux époux; il en donne seulement un exemple dans le n° 1 du même article : ce sont les dettes *relatives aux immeubles* propres à l'un ou à l'autre des époux. Ainsi, les sommes ou les rentes dues par l'un des époux, pour prix d'un héritage acquis avant le mariage, lui demeurent personnelles, et n'entrent point dans le passif de la communauté. L'héritage est un propre de celui des époux qui l'a acquis. Il serait souverainement injuste d'en faire payer le prix à la communauté. Mais comme elle recueille tous les fruits et revenus de cet héritage, il serait également injuste qu'elle ne fût pas chargée des intérêts du prix qui reste dû, et des arrérages des rentes qui le représentent.

Il en est de même des rentes ou des sommes dues par un des conjoints, pour soulte de partage ou retour de lot.

Mais si l'époux avait revendu avant le mariage l'héritage dont il doit encore le prix, ou la rente passive qui le représente, la communauté serait chargée de cette dette, qui n'est pas le prix d'un propre du conjoint débiteur. (Pothier, n° 239.)

Un second exemple de dettes personnelles aux époux, dont les arrérages ou intérêts seulement, et non les capitaux, entrent dans le passif de la communauté, est le cas où, pendant le mariage, il est échu, par testament, à l'un des époux, une succession dont le testateur a voulu, suivant la faculté que lui en laissait l'art. 1401, que le mobilier n'entrât pas dans la commu-

(1) Duranton, *ubi supra*, nos 236, 237, 238.

nauté. Dans ce cas, la grande règle : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi*, impose à l'époux qui profite seul de tout l'actif mobilier de la succession la nécessité d'en supporter seul tout le passif, parce que le passif ne peut jamais être que mobilier (1).

Nous avons un troisième exemple des dettes personnelles des époux, dans le sens du n° 3 de l'art. 1401, dans les dettes purement hypothécaires, c'est-à-dire dont ils ne sont tenus que comme possesseurs de l'héritage hypothéqué, dettes dont nous avons parlé ci-dessus, n° 204.

Nous en trouvons un quatrième exemple dans l'art. 1412, qui porte « que les dettes d'une succession purement immobilière, qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté. »

216. C'est encore une conséquence de la grande règle : *Eadem debet esse*, etc. Mais avant d'expliquer cet article, qui parle des dettes des successions échues aux conjoints pendant le mariage, il faut parler en général des dettes que les conjoints contractent durant le mariage ; sur quoi il faut distinguer les dettes contractées par le mari de celles contractées par la femme.

217. Le mari étant, pendant le mariage, seul maître de la communauté, ayant le droit d'en disposer à son gré, sans le consentement de sa femme, d'en aliéner les biens, de les dissiper, de les perdre même, il en résulte que toutes les dettes qu'il contracte durant le mariage sont à la charge de la communauté. Il n'importe qu'elle en ait ou non profité ; qu'il les ait contractées pour des affaires communes ou non. Par exemple, si le mari s'est rendu caution d'un ami aux affaires duquel il n'a aucun intérêt, et uniquement dans la vue de l'obliger, la dette qui résulte de ce cautionnement n'en sera pas moins à la charge de la communauté, quand même le débiteur cautionné par le mari serait insolvable (2).

218. Ce droit du mari d'obliger indéfiniment, aux dettes qu'il contracte pour quelque cause que ce soit, tous les biens de la communauté, même la part éventuelle de son épouse, est incontestablement fondé, dans son origine, sur les dispositions de nos coutumes, qui lui donnaient la propriété pleine et entière de tous les biens de cette même communauté, dont elles le déclaraient, pendant le mariage, *seul et vrai propriétaire*, ainsi que nous l'avons prouvé *supra*, n°s 75 et suivants. Il avait dans toute sa plénitude le droit d'user et d'abuser, qui caractérise la propriété. De ce droit résultait évidemment celui d'engager les mêmes biens, de quelque manière que ce fût, par contrat, quasi-contrat, par délit, quasi-délit, suivant la maxime : *Qui s'oblige oblige le sien*.

219. Mais Pothier, sans contredire ces principes, a cru devoir fonder le droit du mari sur une présomption légale, par laquelle la femme, lorsque son mari contracte, est réputée contracter et s'obliger avec lui en qualité de commune. « La femme, dit-il, n° 248, lorsque le mari contracte, est *censée*, non en son propre nom, mais en qualité de commune, contracter et s'obliger avec lui pour sa part dans la communauté, même sans qu'elle en ait rien su, et sans qu'elle puisse s'y opposer.

» Ce principe, ajoute-t-il, a lieu à l'égard de toutes les dettes que le mari contracte pendant que dure la communauté. »

Quelque profond respect, quelque déférence que nous ayons pour la doctrine de ce savant jurisconsulte, nous ne saurions l'adopter en ce point. La femme est, dit-il, *censée* contracter et s'obliger avec son mari à toutes les dettes qu'il contracte durant la communauté. *Censée*, c'est-à-dire *présumée*. Ce mot ne peut avoir d'autre acception dans le passage de Pothier. Or les présomptions ne sont que des conjectures, « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. » (Art. 1349.) Le fait connu ne peut être ici que celui du mariage, d'où l'on tirerait, par conjecture, que la femme a donné au mari le pouvoir, non-seulement d'administrer les biens de la communauté, mais de les perdre et de les dissiper en profusions inutiles et même condamnables. On ne saurait, certes, tirer une conjecture aussi peu raisonnable du fait du mariage, et l'on regarderait comme insensée la femme qui, en se mariant, donnerait un tel pouvoir à son mari. Cependant Pothier étend sa présomption légale aux dettes que le mari contracte par un délit. « Il y a plus, dit-il ; lorsque le mari a commis un délit pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la vérité, que la femme, qui n'y a eu aucune part, soit censée l'avoir commis avec lui ; mais elle n'en est pas moins *censée* s'être obligée avec lui, en sa qualité de commune, à la réparation du délit. Cette réparation est une dette de communauté, quoiqu'elle n'ait profité aucunement du délit. »

Une pareille présomption est contraire à la raison, et aux textes des coutumes sous l'empire desquelles Pothier écrivait. Elles déclaraient le mari seul *vrai seigneur* et propriétaire, pendant le mariage, des biens qui devaient entrer dans la communauté. Il pouvait les aliéner, les obliger indéfiniment à toutes les dettes qu'il contractait. La femme n'ayant aucun droit à ces biens, pendant le mariage, était réduite à l'espérance de partager ceux qui resteraient après le mariage. Elle ne pouvait donc, par conséquent, être *censée* ou *présumée* avoir donné

---

(1) Merlin, *Questions de droit*, t. 5, v° *Rentes constituées* (édit. Tarlier).

(2) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n°s 246, 248 ; Dalloz, *ubi supra*, n° 191.

au mari aucun droit sur des biens auxquels elle n'en avait elle-même aucun. La présomption légale, imaginée par Pothier, était donc réellement contraire aux principes des coutumes sous l'empire desquelles il écrivait.

Nous avons cru nécessaire d'examiner et de réfuter sa doctrine, parce que, comme nous le verrons bientôt, un professeur célèbre est allé plus loin que Pothier lui-même, et en a conclu, ce que ce dernier n'avait pas fait, que la communauté n'est pas chargée de la réparation civile du délit commis par le mari, lorsqu'il n'emporte pas la mort civile. Ce qui est absolument contraire à l'esprit du Code.

220. On avait autrefois abusé du principe que le mari est seul seigneur et maître des biens de la communauté, pour en faire une fausse application à la maxime: *Qui confisque le corps confisque les biens* (1), et l'on décidait, sans hésiter, que le mari qui était condamné pour crime emportant confiscation confisquait non-seulement la moitié de la communauté, mais aussi la moitié éventuelle de sa femme.

221. Mais Dumoulin, ce grand jurisconsulte dont le génie eut tant d'empire sur la législation de son temps, s'éleva fortement contre cette injustice, et parvint à faire changer la jurisprudence contre le texte des anciennes coutumes de France (2). Les crimes qui donnaient lieu à la confiscation étaient punis de peines capitales, qui emportaient la mort civile. Or, dès l'instant que le mari est retranché de la société par la mort naturelle ou civile, il y a dissolution de la communauté, et le mari cesse d'en être le maître. Dans le même moment sa femme est saisie de sa moitié, au moyen de quoi il n'y a que les biens du mari qui puissent être affectés aux condamnations qu'a méritées son crime, lequel n'est constaté que par le même titre qui lui ôte le droit qu'il avait sur la communauté. On ne peut donc mettre au rang de ses biens que sa moitié dans la communauté dissoute avec ses propres.

On appliquait ce raisonnement aux amendes prononcées au lieu de la confiscation, dans les pays où elle n'avait pas lieu, mais il ne pouvait s'appliquer à la réparation civile à laquelle le mari était condamné par le jugement qui prononçait contre lui une peine capitale. C'est le jugement qui rend le mari débiteur de l'amende que son crime mérite. Au contraire, ce n'est point le jugement qui le rend débiteur de la réparation civile; il ne fait que la liquider. C'est au moment même du délit, et par le fait qui le constitue, que naît l'obligation de réparer le tort qu'il a causé. La dette de la réparation est donc contractée durant la communauté, et dans un temps où le mari jouissait encore sur elle de la plénitude de ses droits.

Néanmoins, sous l'empire de la jurisprudence antérieure au Code, on jugeait plus équitable de ne pas charger la communauté de la réparation civile, lorsqu'elle était prononcée par un jugement capital emportant la mort civile (3).

Mais on n'avait rien changé à l'ancien droit dans les autres cas; et la communauté était chargée de la réparation civile, et des amendes et dépens auxquels le mari était condamné durant le mariage, soit en matière de police, soit en matière criminelle, lorsque la condamnation n'emportait pas la mort civile.

222. Telle était donc la jurisprudence antérieure au Code. Le mari engageait les biens de la communauté indéfiniment par son délit, ainsi que par contrat; avec cette distinction que si le délit n'emportait ni mort naturelle ni mort civile, ni par conséquent dissolution de la communauté, les réparations, amendes et dépens prononcés contre lui se prenaient sur tous les biens de la communauté. Mais si le délit emportait dissolution de la communauté par une condamnation à mort naturelle ou civile, les réparations, amendes et dépens ne se prenaient que sur la part du mari dans la communauté, et non sur celle de la femme.

Il était nécessaire de développer ces dispositions de l'ancienne jurisprudence et leurs motifs, pour bien entendre l'esprit du Code, qui les a adoptées, avec des modifications importantes et conformes à l'équité. L'art. 1424 porte:

223. « Les *amendes* encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, *sauf la récompense due à la femme;* celles encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté. »

L'art. 1425 ajoute: « Les *condamnations* prononcées contre l'un des époux pour crime emportant mort civile ne frappent que sa part de la communauté et ses biens personnels. »

Voilà donc la distinction établie par la jurisprudence antérieure, entre les condamnations prononcées pour crime emportant la mort civile, et celles pour crime n'emportant pas la mort civile, consacrée par le Code. Les premières ne frappent que la part de communauté de l'époux qui les a subies et ses biens personnels; mais elles les frappent toutes, quel que soit leur objet, tant les réparations civiles du

(1) Art. 183 de la coutume de Paris, et *ibi* Brodeau.

(2) *Voy.* Loisel, liv. 6, tit. 2, nº 26.

(3) *Voy.* Pothier, nº 249; Valin, sur la Rochelle, article 22, § 2, nº 51; Pocquet de Livonière, liv. 4, chap. 1, nº 24. *Voy.* aussi Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 297; Dalloz, vº *Communauté*, nº 193. La même doctrine est applicable aux simples délits, car l'art. 1428 emploie le mot *crime* comme expression générique. Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 298.

tort causé par le délit, que les amendes et les dépens; car l'art. 1425 ne distingue point. Ce sont les *condamnations* en général pour crime emportant la mort civile, qu'il met à la charge personnelle de l'époux qui les a subies, sans distinction. Nous avons vu, dans le numéro précédent, que c'était aussi de la sorte qu'on le jugeait dans la jurisprudence antérieure au Code, et à laquelle il n'a rien changé en ce point.

224. Mais remarquez qu'à l'égard des condamnations prononcées contre le mari pour crime n'emportant point la mort civile, l'article 1424 ne les met point en général à sa charge personnelle; il n'y met que les *amendes*, qu'il permet, à la vérité, de poursuivre sur les biens de la communauté, auxquels la femme n'a qu'un droit éventuel, mais en lui réservant une récompense en cas d'acceptation : disposition nouvelle, parfaitement conforme à l'équité; car les amendes sont la peine du délit; peine qu'il serait injuste de faire partager à la femme, lorsqu'elle n'a pris aucune part au délit : *Nulla enim societas criminum inita videtur inter conjuges.*

La réparation civile du dommage causé par le fait du mari n'est point une peine; c'est l'accomplissement d'une obligation que lui impose la loi : « Tout fait quelconque de l'homme, » qui cause à autrui un dommage, oblige celui » par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » (Art. 1382.) Or le fait du mari oblige incontestablement les biens de la communauté, dont il est le chef.

Il y a d'ailleurs une raison décisive pour laisser la réparation civile à la charge de la communauté. Si, en cause criminelle, le mari avait obtenu, contre sa partie adverse, une réparation pécuniaire, la communauté en profiterait. Il est donc juste qu'elle supporte réciproquement les réparations pécuniaires auxquelles le mari est condamné (1). C'est une conséquence de la règle suivie par le Code, dans la composition du passif de la communauté, comme nous l'avons vu ci-dessus : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi* (2).

225. Delvincourt, tome 3, page 18, dit que le droit du mari « d'obliger la femme sans son consentement, étant fondé sur le mandat qu'elle est censée lui avoir donné tacitement par le fait du mariage, ne peut moralement s'étendre aux engagements résultant de délits. En conséquence, le payement *des amendes encourues* par le mari peut bien, comme celui de toutes ses autres dettes, être poursuivi sur les biens de la communauté. Mais la femme ou ses héritiers ont droit d'en demander récompense lors de sa dissolution. »

Cette décision, ainsi limitée aux *amendes encourues* pour crime n'emportant pas mort civile, est parfaitement juste. C'est la disposition littérale de l'art. 1424. L'auteur a également raison de dire, à la note 1 de la page 260, que *c'est une dérogation à l'ancien droit.* Nous avons vu que la jurisprudence antérieure au Code mettait les amendes à la charge de la communauté, quand le crime n'emportait pas mort civile.

Mais l'auteur va trop loin quand il ajoute, note 2, même page 260 : « Je crois qu'il faut en dire autant de la réparation civile, et cela d'après les principes contenus dans la note précédente. » Ces principes sont que « le mari ne peut obliger sa femme, même comme commune, que parce qu'on présume que celle-ci lui en a donné le pouvoir par le fait du mariage. Or on ne peut supposer qu'elle ait entendu l'autoriser à commettre des délits. »

On voit que c'est en abusant de la présomption imaginée par Pothier, d'un mandat tacite donné par la femme au mari, que Delvincourt en vient à décider que la réparation civile du mari n'est point une dette de communauté. Mais remarquez qu'il va plus loin que Pothier. Ce dernier avait dit que le droit du mari, d'obliger les biens de la communauté sans le consentement de sa femme, est une suite de sa qualité de chef de la communauté, qui lui donne le droit de puissance sur sa femme, et qu'elle est censée, lorsque son mari contracte, contracter et s'obliger avec lui pour sa part de communauté, même sans qu'elle en ait rien su, et sans qu'elle puisse s'y opposer. Il appliquait sa présomption même à la réparation civile du délit, qu'il déclare, par cette raison, dette de communauté. Mais cette présomption n'est, dit Pothier, qu'un moyen d'expliquer en théorie le pouvoir exorbitant que la loi donne au mari sur les biens de la communauté, et cette explication, quoique appuyée sur des bases sans solidité, pouvait passer.

Au contraire, Delvincourt en a fait un *principe,* et un principe général de décision pour tous les cas. Aussi s'explique-t-il tout autrement que Pothier. « *Le mari,* dit-il, page 260, ligne 5, *ne peut obliger sa femme, même comme commune,* que parce qu'on présume qu'elle lui en a donné le pouvoir par le fait du mariage. Or on ne peut supposer, etc. »

Delvincourt aurait parfaitement raison, s'il existait une disposition de loi qui dit, comme lui, que le mari *ne peut* obliger sa femme, même comme commune, *que* dans les cas où elle peut être présumée lui avoir donné ce pouvoir. Mais alors il faudrait étendre plus loin la conséquence, et dire : Non-seulement on ne peut supposer

(1) Mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 298; Battur, t. 1, p. 316.

(2) Dalloz partage cette opinion, contredite par Delvincourt, t. 3, p. 260, par Battur, n° 316, et par Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 298, parce que, dit ce dernier, les réparations dérivent de la même cause que les amendes.

que la femme ait entendu autoriser le mari à commettre des délits, mais encore à perdre les biens communs, à les dissiper en profusions répréhensibles, à les donner à des personnes suspectes, etc.

Cependant Pothier et les auteurs qui ont écrit avant et depuis le Code reconnaissent que le mari a ces pouvoirs. Tous posent en principe que sous l'empire du Code civil, comme sous l'empire des coutumes, la femme n'a aucun droit sur les biens de la communauté durant le mariage; qu'elle est réduite à la simple espérance de partager ceux dont le mari n'aura pas disposé. Comment donc peut-on dire qu'elle est censée, par le fait du mariage, avoir donné à son mari un mandat tacite pour exercer sur ces biens des droits qui lui sont refusés par la loi? Concluons donc que ce n'est point, que ce ne peut être sur ce mandat tacite, qu'est fondé le droit du mari, d'obliger tous les biens de la communauté; mais sur les lois qui lui en donnent la propriété durant le mariage; propriété qui, dans l'origine, pleine et absolue, a été modifiée par les dispositions du Code, comme nous le verrons dans la section suivante.

Disons donc, sur ce point, que la réparation civile du délit commis par le mari, lorsqu'il n'emporte point mort civile, est une dette de communauté, et qu'il en est de même des dépens faits pour parvenir à faire liquider cette réparation, et contraindre le mari à la payer.

226. L'obligation de garantie que contracte le mari en vendant les propres de sa femme, qu'il ne pouvait vendre sans son consentement, est-elle une dette de communauté, en sorte que l'acquéreur puisse opposer l'exception de garantie contre la demande en revendication de la femme commune, pour l'y faire déclarer non recevable par moitié, en vertu de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio?*

Pothier avait d'abord fort bien résolu cette question affirmativement (1), par la raison décisive que sa qualité de commune en biens la fait participer à toutes les obligations contractées par son mari durant la communauté. En effet, le mari, en s'obligeant personnellement à cette garantie, y a par suite engagé tous les biens de la communauté, auxquels la femme ne peut prendre part qu'à la charge d'acquitter la moitié des dettes auxquelles ils sont affectés.

Mais ce savant auteur s'est rétracté dans le *Traité de la communauté*, n° 253 (2). En travaillant cet ouvrage, il imagina, comme nous l'avons dit *supra*, n° 219, que le droit accordé au mari d'obliger indéfiniment tous les biens de la communauté, même la part éventuelle de la femme, vient de ce que, lorsque le mari contracte, la femme est *censée,* non en son propre et privé nom, mais en sa qualité de commune, contracter et s'obliger avec lui, pour sa part en la communauté. Plein de cette idée nouvelle, il crut devoir rétracter la décision qu'il avait si bien motivée relativement à la garantie de la vente du propre de la femme, et voici comme il raisonne :

C'est la loi qui donne au mari la puissance qu'il a sur la personne et les biens de sa femme, et le droit de la rendre participante de toutes les obligations qu'il contracte, même sans son consentement.

Oui, sans doute; mais il s'agit ici de plusieurs pouvoirs bien différents, et qu'il ne faut pas confondre, quoique tous établis par la loi : 1° de la puissance du mari sur la personne de sa femme : cette puissance est d'ordre public, et indépendante de toute puissance sur les biens de la même femme, laquelle est de droit privé; 2° de la puissance du mari sur les biens de sa femme, c'est-à-dire de ceux qui ne sont pas entrés dans la communauté, de ses héritages propres; 3° du droit du mari sur les biens de la communauté. C'est ce que Pothier appelle le droit de contracter, tant pour lui que pour elle, et de la rendre participante, en qualité de commune, des obligations qu'il contracte, même sans son consentement.

Or, continue Pothier, « la loi n'accorde au mari ce droit de puissance, *sur la personne et sur les biens de la femme,* qu'à la charge expresse qu'il ne pourra vendre les *héritages propres* de sa femme sans son consentement. »

Dans ce dernier membre de la phrase, Pothier oppose manifestement les biens *propres* aux autres biens de la femme en général. Mais quels sont les biens de la femme autres que ses propres? Ce ne peuvent être que les biens de communauté, que Pothier met, à tort, au nombre des biens de la femme. « On distingue, dit-il (3), les biens de la femme en biens de la communauté et en biens propres. »

Nous avons vu *supra,* et nous y reviendrons encore dans la section suivante, que la femme n'a, durant le mariage, aucun droit aux biens de la communauté. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans le passage que nous examinons, et dans le *Traité de la puissance maritale,* Pothier les comprend au nombre des biens de la femme en général. Cela posé, son raisonnement se réduit à celui-ci : La loi n'accorde au mari le droit de puissance sur la personne de la femme et sur ses biens, tant propres que de commu-

(1) *Traité du contrat de vente,* n° 179.

(2) Et cette dernière opinion est partagée par Merlin et Battur, n° 308, et contredite par Dalloz, v° *Communauté,* n° 201.

(3) *Traité de la puissance du mari sur la personne et sur les biens de la femme,* n° 81.

nauté, qu'à la charge expresse qu'il ne pourra vendre les propres sans son consentement.

Il y a d'abord ici inexactitude frappante dans la manière de s'exprimer. Il est vrai, d'une part, que la loi défend, ou ne permet pas au mari, de vendre les propres de sa femme, et, d'autre part, qu'elle lui donne le droit de vendre les biens de la communauté. Mais ce sont deux dispositions indépendantes l'une de l'autre. La loi ne fait point dépendre le droit de vendre les biens de la communauté de la défense de vendre les propres de la femme. Il est donc inexact de dire qu'elle ne l'accorde qu'à cette charge. Mais voyons ce que Pothier déduit de ces prémisses.

Par cette défense, dit-il, la loi de la puissance maritale *excepte* la vente des propres de la femme, de la généralité des contrats, qu'elle autorise le mari, comme chef de la communauté, à faire, tant pour lui que pour sa femme, en qualité de commune.

Mais à qui pourra-t-on persuader que la défense de vendre les propres de la femme soit une exception au droit de vendre les biens de la communauté, dans laquelle ils ne sont point entrés?

C'est pourquoi, continue Pothier, lorsque le mari vend l'héritage propre de sa femme, sans son consentement, il ne peut être *censé* avoir fait le contrat, tant pour lui que pour sa femme, en sa qualité de commune, ni par conséquent avoir contracté pour elle, comme commune, l'obligation de garantie envers l'acheteur. Donc *il contracte seul cette garantie,* et *sa communauté n'en est pas chargée.*

D'abord, qu'est-ce à dire que le mari n'est pas *censé* avoir contracté la garantie pour sa femme, en qualité de commune? S'il a pris la qualité de faisant et garantissant pour elle; s'il a promis de la faire ratifier; en un mot, s'il s'est porté fort pour elle, dira-t-on encore qu'il n'est pas *censé* avoir contracté pour elle l'obligation de garantir?

Et puis, pourquoi la communauté n'est-elle pas chargée de la garantie? C'est, dit Pothier, parce que le mari la *contracte seul.*

Mais c'est un principe élémentaire professé par Pothier, dans mille endroits de son ouvrage, que le mari a le droit, sans le concours de la femme, de charger les biens de la communauté, dont il est réputé seul propriétaire, durant le mariage, de toutes les dettes qu'il juge à propos de contracter, même de celles qui n'ont aucun rapport aux affaires de la communauté. *Voyez* tome 1 (II, éd. fr.), n°s 465 et 468.

Qu'importe donc que l'obligation de garantie, contractée par le mari *seul,* soit relative à la vente du propre de la femme qui n'entrait pas dans la communauté? Il ne pouvait, à la vérité, obliger personnellement la femme à cette garantie; mais il avait le pouvoir d'y engager tous les biens de la communauté, et en les engageant, il y obligeait hypothétiquement la femme, c'est-à-dire dans le cas où elle accepterait la communauté; car alors elle prend les biens dans l'état où elle les trouve, et elle est tenue des dettes, comme tout détenteur de biens affectés au payement d'une dette; elle n'en est tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en possède, et elle peut se dégager en abandonnant les biens, et en rendant compte de ce qu'elle a reçu, pourvu qu'elle ait fait un inventaire des biens de la communauté (art. 1483) : ce qui prouve qu'elle n'est point obligée personnellement. Tels sont les principes de la matière.

Pothier a prétendu que l'art. 230 de la coutume du Poitou, en permettant à la femme, sans distinguer si elle est commune ou non, de se faire rendre son héritage propre, lorsque le mari l'a vendu sans son consentement, la mettait à l'abri des suites de la garantie due à l'acquéreur de son bien. C'est une erreur. Cet article se borne à dire que le mari « ne peut, sans le consentement de sa femme, aliéner ni transporter la propriété des héritages de ladite femme, et s'il le fait, cette aliénation ne vaut au préjudice d'elle, soit en possession ou en propriété, tellement que, le mariage dissolu, la femme peut intenter complainte ou autre remède possessoire. »

Il est évident qu'en accordant à la femme la revendication de son propre, vendu sans son consentement, cet article ne la dégage point des suites de la garantie, dont elle est tenue pour moitié, si elle accepte la communauté; et Boucheul, le commentateur le plus estimé de cette coutume, dit, sur cet art. 230, n° 10 :

« Mais au contraire, si la communauté a profité de l'aliénation par le prix de la vente qui y est entré (c'est-à-dire si le mari l'a reçu), quoique la femme, acceptant la communauté, puisse néanmoins vendiquer ses héritages aliénés sans son consentement... ce n'est qu'en rendant par la femme à l'acquéreur la moitié du prix qu'il a déboursé, et qui est entré dans la communauté, et encore en payant par elle *la moitié des dépens, dommages et intérêts* résultant de l'éviction, comme provenus d'un contrat fait pendant la communauté, en laquelle le prix est entré, et de laquelle le mari pouvait disposer à son plaisir. » Renusson (*Traité de la communauté,* part. 1, chap. 6, n° 69) est du même avis.

227. Le mari ne pouvant jamais s'enrichir aux dépens de la communauté (art. 1437), le principe qu'elle est chargée de toutes les dettes qu'il contracte pendant qu'elle dure souffre exception à l'égard de celles qu'il n'a contractées que pour son intérêt personnel, et dont il profite seul. Par exemple, s'il s'est obligé envers un voisin à lui donner une certaine somme, pour l'affranchissement d'un droit de servitude dont son héritage était chargé envers le sien, la communauté ne sera point tenue de cette dette, contractée pour une affaire qui ne concerne que l'intérêt du mari seul, et dont il profite seul.

C'est pourquoi si cette somme était payée durant le mariage, il en devrait récompense à la communauté. (Art. 1437.)

Il en serait de même de la dette qu'il aurait contractée envers un architecte, pour lui bâtir une maison sur son héritage propre (1).

228. Il faut encore, suivant Pothier, nº 251, excepter des dettes qui sont à la charge de la communauté, celles qu'il aurait contractées en faveur des enfants d'un précédent mariage, ou même en faveur de quelqu'un de ses présomptifs héritiers. La raison en est, dit-il, « qu'il ne peut pas plus *avantager*, des biens de la communauté, ces personnes que lui-même, au préjudice de la part qu'y doit avoir la femme. »

L'exception dont parle Pothier doit donc être limitée au cas où les dettes contractées en faveur de l'enfant, ou de l'héritier présomptif, auraient le caractère d'une libéralité, et contiendraient un avantage en leur faveur, comme on le voit par les exemples qu'il donne, en développant son principe, d'une dot promise à l'héritier présomptif, ou d'un cautionnement en sa faveur.

Du reste, si la dette contractée envers l'enfant ou l'héritier présomptif avait une cause, on ne pourrait la critiquer qu'en prouvant la fraude.

229. Mais cette exception des dettes contractées par le mari envers ses enfants d'un premier lit, ou d'un héritier présomptif, et fondée sur une présomption de fraude, qui était admise dans la jurisprudence antérieure, doit-elle l'etre également sous l'empire du Code civil? Il garde, sur ce point, un profond silence. Il semble même rejeter cette exception, en autorisant les donations d'effets mobiliers, qu'il permet au mari de faire, pourvu qu'il ne s'en réserve point l'usufruit; car il déclare expressément (art. 1422) que ces sortes de donations sont valables *au profit de toutes personnes.* Si ces derniers mots, *au profit de toutes personnes*, n'avaient pas été mis pour abroger la jurisprudence antérieure, quel pourrait être leur objet, quel en serait le sens (2)?

Cependant, il est évident, dans l'esprit de l'art. 1422, et l'art. 1437 ne laisse aucun doute sur ce point, que le mari ne peut pas se donner à lui-même personnellement, même à titre particulier, des effets mobiliers de la communauté. Or, en matière d'incapacité de recevoir, le père et le fils sont réputés une même personne, et c'est sur ce fondement, qu'après avoir dit que « toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées, » l'article 911 ajoute : « Seront réputées personnes interposées *les pères et mères, les enfants et descendants,* et l'époux de la personne incapable. »

Le mari ne peut donc pas plus donner à ses enfants d'un autre lit, à son père ou à sa mère, des effets mobiliers de la communauté, qu'il ne pourrait se les donner à lui-même.

Mais comme l'art. 911 ne met point les collatéraux héritiers présomptifs de l'incapable au nombre des personnes que la loi répute interposées, et qu'on ne doit jamais étendre les incapacités d'une personne d'un cas à un autre, il faut dire que le Code ne déroge à la jurisprudence antérieure qu'en ce qu'elle étendait l'incapacité de recevoir du mari jusqu'à ses héritiers présomptifs en ligne collatérale. C'est aussi ce qu'enseigne le savant Merlin (3).

230. Passons maintenant aux dettes contractées par la femme pendant le mariage.

Nous avons vu, que le mari étant maître absolu des biens de la communauté, et pouvant en disposer à son gré, même les dissiper, les perdre, sans en devoir compte à personne, toutes les dettes qu'il contracte personnellement pendant le mariage, quoique entièrement étrangères aux affaires de la communauté, sont néanmoins à sa charge. C'est un principe très-ancien, consacré de nouveau par l'article 1409, nº 2.

La femme, au contraire, n'ayant aucun droit sur les biens de la communauté durant le mariage, et réduite à la seule espérance de partager ce qu'il en restera à la dissolution du mariage, ne peut avoir le droit de les engager sans le consentement du mari. C'est encore un ancien principe consacré par le même article, et par l'article 1426 : « Les *actes* faits par la femme sans le consentement du mari... n'engagent point les biens de la communauté. »

231. Les actes faits par la femme, c'est-à-dire *quodcumque agit:* ce ne sont donc pas seulement les contrats faits sans autorisation; ces contrats sont nuls à raison de l'incapacité prononcée contre la femme non autorisée. (Art. 217, 1124.) Mais le consentement du mari n'est pas nécessaire pour que la femme soit personnellement obligée par ses faits, dans les cas des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. L'autorisation n'est même pas nécessaire quand elle est poursuivie en matière criminelle et de police. (Art. 216.) Si elle est condamnée en quelques amendes ou réparations pécuniaires, les biens de la communauté n'y sont point engagés, et comme tous les revenus des biens de la femme appartiennent à la communauté, pendant qu'elle

---

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 227; Dalloz, *ubi supra*, nºs 167, 251; Merlin, *Répert.*, vº *Communauté*, § 3, nº 5.

(2) L'art. 1437 dit que, toutes les fois que *l'un des époux* a tiré un profit *personnel* des biens de la communauté, il en doit la récompense. Il ne parle point du cas où c'est l'un de ses enfants ou de ses héritiers qui en a retiré du profit.

(3) *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), vº *Communauté*, § 5, nº 5.

dure, celui au profit duquel les condamnations ont été prononcées ne peut les faire exécuter que sur la nue propriété des biens personnels de la femme, tant que dure la communauté. (Art. 1424.)

Il faut excepter les cas où le mari est absolument responsable des délits de sa femme, tels que les délits ruraux et ceux qu'il pouvait empêcher (1). Car, dans ces cas, les condamnations prononcées contre la femme s'exécutent sur tous les biens de la communauté, et même sur les biens personnels du mari. Mais dans ces cas aussi, la femme devrait une récompense.

232. Elle en devrait également une, si, dans les cas où le mari n'est point absolument responsable, il payait, pour éviter la saisie de la nue propriété des biens de son épouse.

En quoi l'on peut voir qu'il n'existe aucune égalité entre le mari et la femme; qu'il n'en peut même exister dans notre système de législation, sur ce que nous appelons la communauté. Les amendes encourues par le mari s'exécutent sur les biens de la communauté, sauf néanmoins la récompense due à la femme, en cas d'acceptation.

La réparation civile des délits du mari, lorsqu'ils n'emportent pas la mort civile, est une dette de la communauté, et s'exécute sur les biens qui la composent, sans récompense pour la femme. Au contraire, la réparation des délits de la femme, dans le même cas, n'est point à la charge de la communauté, et ne peut s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels. (Pothier, n° 359.)

Ces différences viennent de ce que le mari est seul propriétaire et maître des biens de la communauté pendant qu'elle dure, et que la femme, n'y ayant aucun droit, est réduite à l'espérance de partager ce qu'il en restera après sa dissolution. Elle ne pourrait donc auparavant être poursuivie conjointement avec son mari, ni condamnée avec lui, à raison des dettes qu'il a contractées seul, même pour les affaires de la communauté (2).

233. Mais si elle a contracté une dette avec le consentement de son mari, les créanciers peuvent en poursuivre le payement, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari (art. 1419) ou à la femme.

Si la dette contractée par la femme, du consentement du mari, pour les affaires de la communauté, n'avait pas été acquittée pendant le mariage, et que la femme acceptât la communauté, elle serait payée sur la masse commune, et alors il n'y aurait ni récompense, ni indemnité.

Si elle n'acceptait pas, et qu'elle fût poursuivie par le créancier, il lui serait dû une indemnité par les héritiers du mari.

Si la dette était contractée pour affaires personnelles à la femme, et qu'elle fût payée des deniers de la communauté, c'est alors qu'en cas d'acceptation de la femme, il serait dû récompense à la communauté; si la femme renonçait, elle devrait une indemnité aux héritiers du mari.

Enfin, si la dette avait été contractée pour les affaires personnelles du mari, il serait dû récompense à la communauté de la somme qui y aurait été prise pour la payer; si la femme renonçait, il lui serait dû une garantie ou une indemnité, dans le cas où elle serait poursuivie sur ses biens (3).

234. Si la femme, au lieu de s'obliger simplement, du consentement du mari, pour les affaires de la communauté ou du mari, s'était obligée solidairement avec lui, des créanciers pourraient, à la vérité, la poursuivre pour la totalité par voie de solidarité; mais à l'égard du mari, elle est réputée ne s'être obligée que comme caution, et elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. (Art. 1431.)

235. Au principe que les actes de la femme ne peuvent engager les biens de la communauté sans le consentement de son mari, les auteurs et la jurisprudence antérieure au Code faisaient plusieurs exceptions qu'il faut examiner. Ils enseignaient d'abord que l'obligation de la femme était valable, et qu'elle engageait les biens de la communauté, lorsqu'elle avait pour objet de tirer son mari de prison (4). Le motif de cette exception est tiré du devoir de la femme, qui est obligée d'employer tous les moyens capables de procurer la liberté à son mari. C'était, en droit romain, un motif suffisant pour permettre à la femme d'aliéner son fonds dotal : *ut suos redimeret à captivitate;* mais si la femme était mineure, elle ne pouvait s'obliger pour tirer son mari de prison, sans l'autorisation de la justice.

Le Code exige cette autorisation indistinctement pour toutes les femmes. L'art. 1427 porte : « La femme ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfants, en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice. »

Il paraît que cette autorisation est suffisante, même dans le cas de minorité de la femme, sans qu'il soit nécessaire d'y joindre une délibération

(1) *Voy.* ci-après, nos 279 et 280.
(2) *Voy.* Dalloz, vo *Communauté*, nos 204 et 231; Merlin, *eod. verbo*, § 3, no 3.
(3) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), no 306; Dalloz, *ubi supra*, no 232.
(4) Sur cette exception, *voy.* Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nos 33 et suiv.; Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 2, chap. 1, no 21; Merlin, *Répertoire de jurisprudence* (édit. Tarlier), vo *Autorisation maritale*, sect. 7, nos 11, 12 et suiv.

du conseil de famille, ainsi que l'exige l'article 483, pour autoriser un mineur émancipé à faire des emprunts. En s'obligeant pour tirer son mari de prison, la femme qui lui doit *secours et assistance* (art. 212) ne fait que remplir un devoir, et si la loi exige l'autorisation de la justice, c'est pour empêcher que l'accomplissement de ce devoir ne devienne un prétexte pour surprendre la femme.

C'est par cette raison que la jurisprudence antérieure (1) ne permettait pas à la femme de s'obliger pour empêcher son mari d'entrer en prison. Il serait facile d'intimider une femme en la menaçant d'emprisonner son mari, et de la faire se soumettre à toutes les dettes de son mari, qu'on lui dirait soumis à la contrainte par corps. La justice ne devrait donc accorder son autorisation qu'avec beaucoup de circonspection.

Elle devrait la refuser dans tous les cas, si la dette pour laquelle le mari est en prison était de nature à ce qu'il pût obtenir sa liberté au moyen de la cession de ses biens. Le refus de la justice pourrait même, en ce cas, être avantageux au mari lui-même, en ménageant la fortune de sa femme, qui lui doit des aliments dans tous les cas. Lebrun, dont l'opinion était suivie par les auteurs qui ont écrit après lui, pensait qu'en ce cas la femme ne pouvait pas s'obliger valablement pour tirer son mari de prison.

256. Tout ce que nous avons dit des obligations de la femme, pour tirer son mari de prison, s'applique au cas où elle s'oblige pour payer sa rançon. L'ordonnance de la marine, liv. 3, tit. 6, art. 12, en avait même une disposition positive : « Les femmes pourront valable» ment s'obliger, et aliéner leurs biens dotaux, » pour tirer leurs maris d'esclavage. »

257. Sous l'ancienne jurisprudence, qui permettait aux femmes non autorisées de s'obliger pour procurer la liberté à leurs maris, on demandait si elles le pouvaient également pour tirer leurs fils de prison. Les auteurs (2), à l'exception de Duplessis, répondaient négativement. Aux raisons qu'ils donnent de leur opinion, on peut ajouter que c'est au père seul, pendant le mariage, qu'appartient la puissance paternelle, et qu'il peut avoir des motifs pour ne pas faire sortir de prison un fils dérangé, sur lequel, attendu sa majorité, il n'a plus le droit de correction, que la loi lui accorde sur ses enfants mineurs.

Lebrun (3) allait plus loin. Il refusait à la femme la faculté de s'obliger, sans l'autorisation de son mari, pour se tirer elle-même de prison. Une pareille décision est contraire à l'équité naturelle, et aux devoirs mutuels des époux, qui se doivent mutuellement secours et assistance. (Art. 212.) Le mari doit être le premier à tendre à sa femme une main secourable pour la tirer de prison ; et s'il est assez barbare pour lui refuser son autorisation, la loi serait injuste si, donnant à la femme la faculté de s'obliger valablement pour briser les fers de son mari, elle lui refusait la même faculté pour briser les siens. Sous l'empire du Code, les magistrats ne pourraient lui refuser l'autorisation qui lui est nécessaire, dans tous les cas où elle ne peut avoir celle de son mari.

258. La femme qui veut se faire autoriser de justice, après avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par lui fait, doit présenter requête au président du tribunal civil, qui rend une ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour déclarer les causes de son refus. (Art. 861 du Code de procédure.)

Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il est rendu, sur les conclusions du ministère public, un jugement qui statue sur la demande de la femme. (Art. 862.)

Dans le cas d'absence du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme présente également requête au président du tribunal, qui ordonne la communication au ministère public, et commet un juge pour faire son rapport à jour indiqué. (Art. 863.)

259. Il faut remarquer que l'art. 1427 du Code civil donne aux obligations contractées par la femme, avec l'autorisation de la justice, pour tirer son mari de prison, et pour l'établissement des enfants communs, la même force, la même efficacité que si elles étaient contractées avec le consentement du mari ; elles n'engagent pas seulement la personne et les biens de la femme, mais encore les biens de la communauté. Elles peuvent donc être exécutées, tant sur les biens de la communauté que sur ceux de la femme, et même du mari.

Il faut donc modifier la doctrine de Pothier, ou plutôt prendre garde de lui donner plus d'extension qu'elle n'en comporte. Il dit, *Traité de la Puissance maritale*, n° 13, que « *la seule différence entre l'autorisation du mari et celle du juge* est que lorsqu'une femme, durant le mariage, a contracté quelque obligation, n'étant autorisée que par le juge, le créancier ne peut se faire payer sur les biens de la communauté, tant qu'elle subsiste, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la communauté aurait profité de l'affaire pour laquelle la femme a contracté l'obligation ;... au lieu que lorsque la femme a été autorisée de son mari, pour quelque obligation qu'elle a contractée durant le mariage, le mari, ayant approuvé l'obligation, ne peut

(1) *Voy.* Valin sur l'art. 23 de la coutume de la Rochelle, n° 9, et les autorités qu'il cite.

(2) Bouhier, observ. 19, n° 91 ; Merlin, *Répertoire* (édit. Tarlier), v° *Autorisation maritale*, sect. 7, n° 13.

(3) *Traité de la communauté*, liv. 2, chap. 1, n°s 27 et 28.

s'opposer au payement que le créancier en exige durant la communauté. Le mari a seulement le droit de prétendre, lors de la dissolution de la communauté, récompense de la somme qui en a été tirée pour l'acquitter, si la dette était une dette qui ne concernât que des affaires particulières dont elle eût seule profité, et dont elle fût seule débitrice. »

La fin de ce passage en fixe le véritable sens, et prouve qu'en disant que la seule différence qui existe entre l'autorisation du juge et celle du mari consiste en ce que l'obligation contractée par la femme, sous la première autorisation, ne peut s'exécuter sur les biens de la communauté, le savant auteur n'a voulu parler que des obligations qui ne concernent que les affaires particulières à la femme, et non des obligations contractées pour des affaires communes, ou qui intéressent le mari.

Ainsi, si l'obligation contractée par la femme autorisée de justice ne concerne que ses affaires personnelles, elle ne peut, comme dit Pothier, s'exécuter sur les biens de la communauté. Cette autorisation n'a pas d'autre effet que de lever l'incapacité légale où est toute femme mariée de s'obliger sans l'autorisation de son mari. On en voit un exemple dont nous parlerons bientôt dans l'art. 1413.

Si cette obligation concerne les affaires communes, elle peut s'exécuter sur les biens de la communauté, comme dans le cas d'établissement des enfants communs, en cas d'absence du mari. C'est le cas de notre article 1427. Il paraît même que cette obligation pourrait s'exécuter sur les biens du mari.

Si cette obligation concerne les affaires personnelles du mari, elle peut à plus forte raison s'exécuter sur les biens du mari. Par exemple, la femme, pendant l'absence du mari, se fait autoriser de justice à faire un emprunt, afin d'empêcher la vente des biens de son mari, dont l'expropriation forcée est poursuivie pour une dette qui lui est personnelle, et qui n'est point entrée dans la communauté (1).

240. Il y a des cas où la femme peut non-seulement s'obliger personnellement, mais encore obliger son mari et les biens de la communauté, quoiqu'elle ne soit autorisée ni de lui ni de la justice; c'est d'abord lorsqu'elle est marchande publique, et qu'elle contracte pour le fait de son négoce. « La femme, dit l'art. 220 du Code, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. »

« La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » (Article 4 du Code de commerce.) Or, en consentant que sa femme fasse le commerce, le mari est nécessairement censé consentir à tous les actes qu'elle fera, à toutes les dettes qu'elle contractera, en un mot, à tous les engagements qu'elle pourra prendre relativement à son commerce; car, qui veut la fin veut les moyens; et puisqu'en qualité de chef de la communauté, le mari participe à tous les bénéfices, à tous les gains que la femme peut faire dans son commerce, il doit également participer aux pertes : *Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.* (L. 10, ff. *de reg. jur.*)

Les dettes que la femme commerçante contracte pour le fait de son négoce sont donc des dettes de la communauté; et le mari qui en est le chef peut, pendant la communauté comme après, être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, pour la moitié de ces dettes, si la communauté a été acceptée.

241. Le consentement du mari à ce que sa femme fasse le commerce n'a pas besoin d'être exprès ni par écrit; il suffit qu'il en ait connaissance et qu'il ne puisse l'ignorer. Le mari, qui tient de la loi la puissance qu'il a sur sa femme, est, en la souffrant faire le commerce au lieu de l'en empêcher, censé l'y autoriser par un consentement tacite, qui n'a pas moins de force qu'un consentement exprès.

242. Mais il ne suffit pas que la femme fasse le commerce du consentement tacite de son mari pour être considérée comme marchande publique ou commerçante. « Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé, » dit l'art. 220 du Code civil. Cette disposition est répétée dans l'article 5 du Code de commerce.

Si le mari continue le commerce qu'il faisait avant le mariage, la femme qui, de son consentement, se met à la tête du détail de ce commerce, devient la factrice de son mari, quand il la laisse tenir les livres, vendre, acheter, recevoir, donner des quittances, consentir des billets, en un mot, faire ses affaires et signer pour lui : c'est toujours en qualité de factrice qu'elle est censée agir. Elle peut obliger son mari de la même manière, et dans les mêmes circonstances où des commis et préposés engagent leurs maîtres; mais elle ne s'oblige pas personnellement, et ne pourrait le faire qu'autant qu'elle s'en expliquerait expressément; et son obligation ne serait pas valide sans une autorisation spéciale à cet effet. Dans ce cas, elle deviendrait la caution du mari (2).

243. Si, au contraire, c'était la femme, et

(1) *Voy.* Battur, n° 299; Merlin, *Répert.*, v° *Autorisation maritale*, sect. 7, n° 15.

(2) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 252, et Dalloz, *eod. verbo*, n° 219.

non le mari, qui était commerçante avant le mariage, comme tout son commerce, tant en actif qu'en passif, ne se compose que de choses mobilières, il entrerait dans la communauté, dont le mari est le chef et administre seul les biens. (Art. 1421.) La femme se trouverait donc encore réduite à la qualité de factrice de son mari, si celui-ci se mêlait du commerce.

Il faut donc absolument, pour être réputée commerçante ou marchande publique, que la femme fasse un commerce séparé, et alors non-seulement elle peut, sans autorisation, s'obliger personnellement elle-même, mais en ce cas elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

244. La femme ne pourrait se dégager de son obligation personnelle, même en renonçant à la communauté, sauf son recours contre le mari ou sa succession (1). Elle est alors dans le cas d'une femme qui a souscrit une obligation avec l'autorisation du mari (2).

245. La femme, marchande publique, en obligeant son mari personnellement, ne le soumet pas à la contrainte par corps, quoiqu'elle y soit elle-même soumise. L'acte emportant contrainte par corps n'y soumet que la personne qui l'a signé (3).

246. Comme ce n'est que la qualité de commerçante ou de marchande publique qui donne à la femme la capacité de s'obliger sans autorisation, il faut bien s'assurer si réellement elle réunit tous les caractères qui peuvent la faire considérer comme commerçante, sans quoi son obligation serait nulle. La simple declaration exprimée dans un acte, qu'elle est marchande publique (4), ne suffirait pas pour valider son obligation, de même que la déclaration de majorité faite par un mineur n'est point un obstacle à sa restitution. (Art. 1307.)

247. De ce que nous avons dit, il résulte que si la femme entreprend un commerce à l'insu de son mari, par exemple pendant son absence, ses obligations n'engagent ni les biens du mari, ni ceux de la communauté. C'est ainsi qu'on le jugeait sous l'ancienne jurisprudence, et Duparc-Poullain rapporte un arrêt du 16 juillet 1750, qui jugea en point de droit que la femme de Jacques Jego ayant entrepris un commerce de brocanterie depuis l'absence de son mari, embarqué pour l'Inde, Marguerite Ameline, créancière de ce commerce, n'avait point d'action contre le mari, ni même contre la femme, dont l'obligation était nulle. Cependant le mari, avant son départ, avait donné à sa femme une procuration générale, pour toucher, recevoir, traiter, passer contrat et obligation, et généralement pour causes et raisons quelconques, et pour tous les événements prévus et imprévus concernant le gouvernement de ses biens, et de toutes les affaires, de quelque nature qu'elles pussent être, sans aucune exception ni réservation ; mais il ne faisait point le commerce avant son départ.

Cet arrêt est conforme aux anciens principes, ainsi qu'à ceux du Code civil (5).

248. La femme ne pouvant s'engager, ni engager son mari, sans autorisation spéciale, que *pour ce qui concerne son négoce*, il importe beaucoup de distinguer les actes commerciaux de ceux qui ne le sont pas. Or il y en a qui le sont par leur nature, indépendamment des personnes qui les font ; d'autres ne sont tels que par la présomption de la loi, fondée sur la qualité des personnes de qui ils émanent, et tant qu'il n'est pas prouvé qu'ils se rapportent à des objets étrangers au commerce. Par exemple, *les billets* ne sont point des actes commerciaux de leur nature. Dans le langage de la jurisprudence, on nomme *billet* l'écrit sous seing privé, par lequel une personne s'engage à payer à une autre, dans un temps déterminé, une somme d'argent ou une chose appréciable à prix d'argent. L'usage est de donner à de semblables actes, lorsqu'ils sont passés devant notaires, le nom d'*obligations*, de *cédules* ou de *contrats de prêt* ou *d'emprunt*.

249. Les engagements qui résultent d'un billet ne diffèrent en rien de ceux qui n'appartiennent point essentiellement au commerce ; ils ne sont commerciaux que lorsqu'une preuve évidente, ou une présomption légale l'établit. Si un billet est souscrit par un commerçant, il est présumé de plein droit fait pour le commerce, lorsqu'il ne contient rien qui exclue (6) cette présomption, établie par l'article 638 du Code de commerce. Il ne s'agit donc que de reconnaître la qualité du souscripteur. La femme mariée, si elle est commerçante ou marchande publique, s'oblige donc valablement, ainsi que son mari, par de simples billets, parce qu'il est *censé* qu'ils sont faits pour cause de commerce. Cependant le mari, ainsi que la femme, pour-

(1) *Voy.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 5, p. 159.

(2) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 251; Dalloz, v° *Communauté*, n° 217.

(3) Tronchet, dans Locré, *Esprit du Code civil*, t. 3, p. 509, édition in-8°. *Voy.* le discours textuel dans la *Législation civile* du même auteur (édit. Tarlier); Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 251; Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 22, dit le contraire. Son opinion ne serait pas suivie aujourd'hui.

(4) *Voy.* les *Principes* de Duparc-Poullain, t. 5, p. 142, n° 181.

(5) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 253; Dalloz, v° *Communauté*, n°s 223, 224.

(6) Tel serait le billet souscrit par un commerçant qui reconnaîtrait devoir une somme pour denrées ou marchandises achetées pour son usage particulier. *Voy.* l'article 638 du Code de commerce.

rait détruire cette présomption par la preuve du contraire; car ces mots de l'art. 638, *sont censés*, annoncent que ce n'est là qu'une simple présomption de droit, contre laquelle la preuve contraire est toujours admise.

250. Mais la loi n'a point étendu cette présomption aux *obligations* passées devant notaires, parce qu'en général ce mode d'engagement n'est point usité dans le commerce. La présomption est donc qu'ils sont étrangers au commerce, sauf au créancier à prouver le contraire, et s'il était dit qu'ils sont pour cause de commerce, la femme, ainsi que le mari, pourrait également prouver la fausseté de la cause. Ainsi, les obligations de la femme non autorisée, passées devant notaires, lorsqu'il n'est point dit qu'elles ont le commerce pour cause, n'engagent ni la femme ni le mari (1).

251. Il en est de même des autres actes faits par la femme commerçante non autorisée, qui ne sont point commerciaux de leur nature. Il faut y exprimer, ou prouver qu'ils ont pour cause des opérations de commerce, sans quoi ils n'engageraient ni le mari, ni même la femme. Par exemple, l'art. 7 du Code de commerce porte que « les femmes, marchandes publiques, peuvent *également* engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. » Or une pareille aliénation est moins encore de sa nature un acte commercial qu'un billet converti en obligation notariée. Il ne faut donc pas conclure de la faculté que donne ici à la femme marchande l'article 7 du Code de commerce, qu'elle a dans tous les cas la capacité d'aliéner ses immeubles, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, pour des causes étrangères à son commerce. Cet art. 7 se combine manifestement avec l'art. 5, dont il est une suite et une extension, et qui pose en principe que la femme marchande publique peut, *sans l'autorisation de son mari*, s'obliger *pour ce qui concerne son négoce*. Aliéner ses immeubles est plus que s'obliger, et l'on aurait pu douter si la faculté d'aliéner était comprise sous la faculté de s'obliger, d'autant mieux que l'aliénation soumet le mari à une action de remploi. Enfin, l'art. 1538 du Code civil établit en principe général « *qu'en aucun cas,* ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles, sans le consentement *spécial* de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par la justice. »

Il était donc nécessaire de déroger à ce principe par une exception relative aux femmes commerçantes. L'art. 7 du Code de commerce contient cette disposition dérogatoire, en ajoutant à l'art. 5, pour lever le doute, que la femme marchande publique peut également, c'est-à-dire *pour ce qui concerne son négoce,* comme le dit l'article 5, engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles. Ainsi, il faut qu'il soit prouvé par l'acte même d'aliénation, ou par ailleurs, que l'aliénation est pour le fait du négoce, sans quoi elle n'est pas valide.

252. Duranton (2) pense que la présomption légale est en faveur de l'acquéreur, et que c'est au mari ou à la femme de prouver que la vente n'a pas eu pour objet le commerce de la femme. Cette opinion (3) est d'autant plus étonnante de sa part, que dans le numéro précédent, il enseigne que les obligations de la femme, passées devant notaires, dont la cause n'est point exprimée, ne sont point censées faites pour cause de commerce; mais, dit-il, l'art. 7 du Code de commerce permet à la femme d'aliéner ses immeubles. Oui, mais seulement *pour ce qui concerne son négoce,* comme nous venons de le voir, et comme le reconnaît Duranton, et l'on ne trouve nulle part que le Code de commerce ait établi la présomption légale que l'aliénation, faite par une femme marchande, le soit pour cause de commerce.

253. La femme commerçante ne peut obliger son mari, en s'obligeant elle-même par des actes de commerce, que dans le cas où *il y a communauté entre eux,* disent nos Codes. Si les époux étaient séparés de biens (art. 1536), les actes de la femme, même en ce qui concerne son négoce, n'obligeraient donc point le mari, ce qui est très-juste. Puisque alors tous les profits du commerce appartiennent à la femme, elle en doit seule supporter toutes les pertes (4).

254. Il en serait de même s'il n'y avait qu'une simple exclusion de communauté (art. 1530); car, aux termes des articles 220 du Code civil, et 5 du Code de commerce, la femme commerçante n'engage son mari que dans les cas où *il y a communauté entre eux.* Or, quand il y a exclusion de communauté, nulle société de biens n'existe entre les époux. Il est vrai que cette clause laisse au mari l'administration des meubles et des immeubles de sa femme, et par suite le droit de percevoir tout le mobilier qui lui échoit pendant le mariage, et par conséquent celui qu'elle acquiert par son industrie; mais c'est sauf la restitution qu'il doit faire après la dissolution du mariage, ou après que la séparation de biens serait prononcée par la justice. Tous les profits du commerce appartiennent donc en définitive à la femme, et par conséquent elle doit en supporter toutes les pertes, sauf aux créanciers de poursuivre leur payement

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 253, 254. *Contra,* Bellot, t. 1, p. 263.
(2) *Traité des obligations,* t. 1, no 238.
(3) L'opinion de Duranton est fortement combattue par Bellot, *Traité du contrat de mariage*, tome 1, p. 263.
(4) Dalloz, vo *Communauté,* no 218.

contre le mari, s'il a perçu tout ou partie des profits du commerce de la femme.

255. Si les actes de la femme commerçante engagent le mari, lorsqu'il y a communauté entre eux, c'est qu'alors, participant aux bénéfices, il est juste qu'il participe également aux pertes, suivant la grande règle d'équité qu'a suivie le Code dans le § 9, en composant le passif de la communauté. Ce n'est donc pas seulement dans le cas de la communauté légale que le mari est obligé par les actes de la femme commerçante; il l'est également dans le cas de la communauté conventionnelle, lorsqu'il participe ou peut participer aux bénéfices de son commerce.

Par exemple, si la communauté était réduite aux acquêts conformément à l'article 1498, les actes de la femme commerçante n'engageraient pas moins le mari, puisque enfin il y a une communauté, et qu'après les prélèvements respectifs, le surplus des biens acquis, tant meubles qu'immeubles, est partagé entre le mari et la femme.

256. Il en serait encore de même, si le contrat de mariage portait que la totalité de la communauté appartiendra à la femme survivante seule, comme l'art. 1525 le permet. Car enfin, la femme peut ne pas survivre; elle peut renoncer à la communauté. Dans le premier cas, le mari ou ses héritiers recueilleront les bénéfices qu'elle a faits dans son commerce; dans le second, si, par la mauvaise gestion, la femme a obéré la communauté à laquelle elle renonce, le mari doit se reprocher de l'avoir laissée faire ou continuer le commerce, qu'elle ne pouvait faire sans son consentement,

257. Car enfin, le mari étant toujours le chef et le maître absolu de la femme et de la communauté, peut aussi toujours, et quand il lui plaît, révoquer le consentement exprès ou tacite qu'il avait donné; et alors elle cesse de plein droit d'avoir la capacité de marchande publique. Mais cette révocation n'a point d'effet sur le passé, et les actes qu'elle a faits jusqu'à la révocation sont aussi valides que si elle continuait le commerce (1).

258. La loi n'a point déterminé de forme particulière pour cette révocation (2); cependant il est nécessaire de la faire connaître au public. Il faut donc, par analogie, suivre la forme prescrite par l'art. 1445 du Code civil, pour rendre publique la séparation de biens, et par l'art. 67 du Code de commerce, pour faire connaître au public les clauses des contrats de mariage entre époux dont l'un est commerçant. En conséquence, il faut faire connaître la révocation de l'autorisation donnée expressément ou tacitement à la femme de faire le commerce, par l'affiche sur le tableau à ce destiné dans la principale salle du tribunal civil de première instance, et de plus dans celle du tribunal de commerce, s'il y en a au lieu du domicile. Jusqu'à cette affiche, les actes de commerce qu'aurait faits la femme seraient valables à l'égard des tiers et obligeraient le mari.

259. On a demandé si le mari pouvait révoquer son consentement quand il y a séparation de biens. Il nous semble qu'il faut distinguer différents cas : et d'abord l'art. 4 du Code de commerce porte que « la femme ne peut être » marchande publique sans le consentement de » son mari. » Cette disposition est générale et n'excepte point la femme séparée de biens, et c'est avec beaucoup de sagesse ; car indépendamment des bénéfices ou des pertes qui peuvent résulter du commerce, et qui sont étrangers au mari, dans le cas de séparation de biens, il n'en est pas moins le chef et le maître de la femme, quoiqu'il n'y ait pas communauté de biens entre eux; elle ne lui en doit pas moins l'obéissance que la loi lui commande. Il peut avoir, quoique séparé de biens, de bonnes raisons pour empêcher sa femme d'être marchande publique. Si la profession du commerce a ses avantages, elle a aussi ses désagréments. La femme commerçante est soumise à la contrainte par corps, exposée à des faillites. Or, ce n'est pas un petit désagrément pour un mari qui n'est pas commerçant lui-même, de voir sa femme exposée à être mise, pour dettes, dans une prison d'où l'honneur lui commanderait de la tirer, si un sentiment plus tendre ne le lui ordonnait pas, ou entraînée dans une faillite qui laisse presque toujours des soupçons contre la probité du failli. Il est donc juste qu'un mari, qui avait d'abord consenti par faiblesse à laisser sa femme faire le commerce, puisse révoquer son consentement, s'il conçoit des doutes sur le bon succès des affaires de sa femme. Mais si un mari non commerçant avait épousé une femme commerçante, avec clause de séparation de biens, et la laissait ensuite continuer le commerce, puis voulait ensuite sans raison révoquer son consentement, il nous semble qu'il ne le pourrait pas, et que la femme pourrait s'en plaindre à la justice, parce qu'il y aurait alors de fortes présomptions que la continuation du commerce était une condition tacite du mariage, et que c'était pour cette raison qu'on avait stipulé la séparation de biens, qui donne

(1) *Voy.* Dalloz, *cod. verbo*, n° 227.

(2) Nos coutumes voulaient que la révocation fût faite en justice. Après avoir dit que la femme marchande s'oblige et oblige son mari, sans autorisation, touchant le fait de son négoce, elles ajoutent :

« Sinon qu'auparavant y eût révocation par lui publiquement ou en justice faite, de pouvoir et administration de sadite femme, audit fait de marchandises. »

Voy. la conférence de Duparc-Poullain, sur l'art. 448 de la coutume de Bretagne, n° 2.

à la femme le droit d'administrer ses biens, au nombre desquels est son commerce. Or, l'autorisation générale d'administrer ses biens, stipulée par contrat de mariage, est irrévocable (1).

Si même un homme marié sous le régime de la communauté avait consenti que sa femme fît le commerce, et qu'elle lui eût donné depuis des motifs suffisants pour se faire séparer de corps et de biens ; si, depuis la séparation prononcée, il prétendait révoquer son consentement à ce que la femme continuât un commerce dont il ne pourrait plus partager les bénéfices, nous pensons que la femme pourrait s'en plaindre à la justice, et que ses plaintes devraient être favorablement écoutées (2).

260. Les dettes contractées par la femme pour le fait de son négoce étant des dettes de la communauté, le mari qui en est le chef peut, durant ou après le mariage, être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, pour leur part dans ces dettes, si la communauté a été acceptée. (Art. 1484.)

La femme peut également être poursuivie pour le tout (art. 1419), car ce sont des dettes contractées avec le consentement de son mari. Mais si elle renonçait à la communauté, il lui serait dû une indemnité.

261. La règle générale que les actes faits par la femme sans autorisation n'engagent ni le mari, ni les biens de la communauté, comporte encore une exception remarquable relativement aux achats de comestibles, et des autres provisions ordinaires de la maison, aux médicaments et vêtements de sa famille, aux emplettes des ustensiles et meubles nécessaires au ménage.

On a toujours pensé que les dettes contractées par la femme à raison de ces objets, soit verbalement en achetant à crédit, soit par écrit, lorsqu'elle arrête les comptes des marchands et fournisseurs, ou qu'elle leur consent des billets, étaient des dettes de communauté, que le mari ne peut se dispenser de payer, lorsqu'il n'y a ni fraude ni excès.

Cette exception est fondée sur l'ordre que la nature même semble avoir établi pour le gouvernement de la famille, et dans le partage naturel de l'administration des affaires domestiques : le mari est chargé des affaires du dehors, la femme de celles du dedans, des détails et de l'économie du ménage, de pourvoir à tout ce qu'exigent les besoins de chaque jour. C'est ce qui se pratique notoirement en France (3); et si, dans les maisons opulentes ou élevées en dignité, les femmes croient déroger en se livrant à des soins que, dans les temps antiques, ne dédaignaient pas les reines et les filles de roi, on y supplée par des domestiques ou préposés, qu'on nommait autrefois *maîtres d'hôtel, intendants*, etc.; jamais on n'a douté que ces officiers, domestiques, ou préposés, chacun dans la partie qui lui était confiée, n'engageassent leurs maîtres à payer les mémoires de fournitures et provisions qu'ils ont arrêtés pour la maison de ces derniers, et les obligations qu'ils ont souscrites pour les mêmes objets. Ce qui est conforme aux principes de raison et d'équité, exposés dans le droit romain, au titre du Digeste *de institoriâ actione* (4). Dans l'état actuel des sociétés, chacun ne peut faire par soi-même toutes ces affaires de détail, qui se renouvellent souvent; on est obligé de s'en reposer sur des tiers qui s'engagent et stipulent pour nous, chacun dans la partie à laquelle il est préposé. C'est ce qu'on appelle en droit institeurs, *institores* (5). Il est certain qu'en général les préposés ou instituteurs, quelque dénomination qu'on leur donne, engagent leurs maîtres ou commettants pour tout ce qu'ils font dans l'ordre des pouvoirs que supposent leurs fonctions, ou la confiance dont ils ont l'habitude de jouir : *Æquum prætori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum ita etiam obligari nos ex contractibus eorum et conveniri* (6). (L. 1, ff. *de instit. act.*, 14, 3.)

262. L'application de ces principes si sages et si raisonnables, aux actes des femmes, relatifs à cette partie des affaires du ménage naturellement confiée à leurs soins, est évidente, et ce grand magistrat, le président Lamoignon, proposait de l'ériger en loi. L'art. 69 de ses arrêtés, au titre *de la Communauté*, porte : « Obligation de la femme faite sans l'autorité du mari pour victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises, draps, linges et autres étoffes, servant à l'usage nécessaire et ordinaire, est valable. »

Comment, sous l'empire du Code, le mari pourrait-il refuser de satisfaire à cette obligation, puisque, suivant l'art. 214, il est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ?

263. Malheureusement le sage projet du président Lamoignon n'a point été réalisé, et l'on ne trouve à ce sujet aucune loi antérieure ni postérieure à la publication du Code civil, qui

(1) *Voy.* le *Nouveau Denisart*, v° *Autorisation*, p. 389.

(2) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 250.

(3) Bouhier, chap. 19, n° 93.

(4) Digest., lib. 14, tit. 3, et passim. *Voy.* Mornac, in tit. Cod. « Quod cum eo qui in aliena potestate est, sive quod jussu aut de in rem verso, 4, 26. » *Voy.* aussi le *Nouveau Denisart*, v° *Domestique*, § 8.

(5) « Institor appellatus est ex eo quod negotio gerendo instet. » (L. 3, ff. *de instit. action.*, 14, 3.)

(6) Lebrun, liv. 2, chap. 3, sect. 2, n° 6; Merlin, v° *Autorité maritale;* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n°s 203 et 250.

dispense de l'autorisation du mari les obligations de la femme *pour victuailles et provisions ordinaires de la maison*, etc.; en sorte que, faute d'une règle impérative, la décision semble abandonnée à l'arbitraire ou à la prudence des cours, qui pourront juger en sens contraire, et avoir chacune une jurisprudence différente, sans que la cour suprême, chargée de les ramener à l'uniformité, en censurant leurs arrêts qui s'écartent de la loi, ou qui lui donnent une fausse interprétation, puisse facilement casser ceux qui seront rendus en cette matière.

Supposons, en effet, qu'une femme, dans les circonstances les plus pressantes et les plus fâcheuses, ait souscrit une obligation pour provisions et fournitures nécessaires à un marchand, qui vient ensuite en demander le payement en justice. Le mari répond que toutes les obligations de la femme non autorisée sont nulles, et que cette nullité est appliquée spécialement, et dans les termes les plus généraux, aux actes qui regardent la communauté, par l'art. 1426, qui porte que « les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté. » Le Code s'est montré plus sévère sur ce point que l'ancienne jurisprudence, puisqu'il exige une autorisation pour la validité de plusieurs obligations que la femme pouvait, avant sa promulgation, contracter valablement sans être autorisée; par exemple, pour tirer son mari de prison, pour l'établissement de ses enfants, en cas d'absence du mari. Il ne dispense de l'autorisation que les obligations de la femme marchande publique, contractées *pour le fait de son commerce*. (Art. 1426.) C'était le lieu d'étendre la dispense aux obligations contractées pour victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises, draps et étoffes servant à l'usage nécessaire, comme le proposait le président de Lamoignon. Cependant nos législateurs, malgré une autorité si imposante, n'ont point étendu la dispense d'autorisation à ces obligations, sans doute parce qu'ils ont cru que ce serait ouvrir la porte aux abus et aux fraudes des femmes, qui achèteraient pour revendre et se procurer de l'argent. Par ces motifs, et vu l'art. 1426 du Code, le tribunal rejette la demande du marchand fournisseur. Comment casser un pareil jugement, qui paraît être l'application littérale de la loi?

264. Cependant l'équité est évidemment blessée, et une pareille jurisprudence réduirait les femmes, quant à l'administration du ménage, au-dessous de la condition des maîtres d'hôtel, et autres domestiques particulièrement préposés à certaines parties, dont les obligations, pour fournitures ordinaires de la maison, engagent leurs maîtres. Les coutumes aussi déclaraient nulles les obligations des femmes non autorisées, et la jurisprudence des parlements n'en exceptait pas moins celles qui avaient pour objet les choses dont parle le président de Lamoignon.

Celle du parlement de Paris est constatée par deux arrêts remarquables, rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence* (1). Voici l'espèce du premier :

La marquise de ***, commune en biens avec son mari, avait commandé à un tailleur des habits de livrée pour ses gens. Sur le défaut de payement des fournitures, le tailleur se pourvoit contre le mari. Sentence du Châtelet qui le déboute. Appel. Le tailleur disait que l'objet dont il était créancier était, à l'égard du mari, une dépense nécessaire, et qu'elle n'avait pu être ignorée de lui. Le mari répondait qu'il était dans l'usage de donner à sa femme une somme par an pour l'entretien de ses gens, et que le tailleur, avant de faire la fourniture, devait s'informer de lui s'il y avait donné son consentement. Le tailleur répliquait que s'il était vrai que le mari devait une somme annuelle à son épouse pour l'entretien de ses gens, il pourrait retenir la fourniture en question sur le premier payement qu'il ferait à sa femme. Par arrêt du vendredi 6 juin 1766, la sentence fut réformée, et le mari condamné à payer.

Voici l'espèce du second : En 1769, le comte de Valgrenent prêta une somme de 4,000 fr. à la princesse de Bec..., qui lui en fit son billet d'honneur. Peu après il transporta ce billet au sieur Chassing. La princesse de Bec... étant devenue veuve, celui-ci la poursuivit en payement de sa dette. La réponse de la princesse fut : 1° qu'il y avait longtemps que le billet était acquitté; 2° qu'en tout cas, ce billet était nul, parce qu'il avait été fait par une femme en puissance de mari et sans autorisation.

Le sieur Chassing écartait la première objection par des détails inutiles à rapporter. Quant à la seconde, il disait que les 4,000 fr. avaient *servi au ménage de la princesse de Bec...*, et c'est ce qu'il établissait par des aveux échappés à la princesse elle-même. Madame de Bec..., disait-il, déclare qu'en 1769, *son mari étant à l'armée, et le service exigeant de grandes dépenses, il n'avait laissé en partant que très-peu de fonds à son épouse. Elle eut besoin d'argent.* Elle avoue que le prince de Bec..., son mari, *avait prié M. le comte de Valgrenent de lui remettre l'argent dont elle aurait besoin.*

Par arrêt du vendredi 13 juillet 1781, la princesse de Bec... fut condamnée à payer ce billet.

Le parlement de Dijon jugeait, *in terminis*, qu'en thèse générale, le mari est tenu des dettes contractées par la femme, soit pour la nourriture, soit pour l'habillement de la famille. Cette jurisprudence est constatée par sept arrêts cités par le savant président Bouhier, observa-

(1) V° *Autorisation maritale*, sect. 7, n° 7.

tion 19, n° 101. Voici comme il rapporte l'espèce du dernier, qui est du 15 janvier 1688 : Marie Verdin, femme de Louis le Malier, procureur du roi au bailliage de Semur, avait pris chez Claude Dupelu, marchand à Dijon, des étoffes pour la somme de 226 livres, dont elle lui avait fait sa promesse. Son mari refusa de la payer, disant que sa femme n'avait pu faire cette promesse sans son autorité. La sentence du bailliage de Semur avait ordonné que Dupelu prouverait qu'elles avaient été employées utilement ; mais sur l'appel, la cour condamna le mari à payer la somme demandée avec intérêts du jour de la demande, et aux dépens des causes principale et d'appel.

Raviot sur Perier (1), qui rapporte aussi cet arrêt, dit qu'il avait été contraint de payer, quoiqu'il justifiât que récemment il avait acquitté une somme considérable pour d'autres étoffes achetées par son épouse, et qu'il remontrât que cette femme, avec qui il était mal, ne cherchait qu'à le vexer en dépenses.

Nous ne devons pas dissimuler que le même Bouhier, qui trouve cette jurisprudence si juste, rapporte un arrêt rendu par la grand'chambre du même parlement de Dijon, le 28 mars 1708, qui jugea en sens contraire ; mais encore, par un règlement général, *fit défense à tous marchands de livrer aucune marchandise à crédit aux femmes en puissance de mari, sans ordre d'eux par écrit*. Mais, dit le président Bouhier, n° 102, cet arrêt surprit extrêmement tout le reste de la compagnie, et fut *blâmé ouvertement par le barreau*. Je me souviens même, dit-il, que le rapporteur et le doyen de la cour, tous les deux des plus habiles du palais, me dirent peu après que l'arrêt avait été rendu contre leur avis, et que cette affaire avait été *précipitamment jugée en une après-dînée*, sans voir les arrêts précédents. D'ailleurs, ajoute-t-il, je laisse à penser si l'une des chambres a pu, sans consulter les autres, changer ainsi notre jurisprudence.

Cet arrêt, réformé par l'opinion publique, ne changea point la jurisprudence, et les parlements continuèrent de juger comme ils le faisaient auparavant, ainsi que nous le voyons par les deux arrêts du parlement de Paris, des 6 juin 1766 et 13 juillet 1781, ci-dessus cités, et par un arrêt du 2 août 1715, cité d'après Vigier sur Angoumois, par Valin, sur l'art. 23, n° 16, de la coutume de la Rochelle.

265. Cette jurisprudence raisonnable est conforme au sentiment de nos plus savants (2) auteurs, à commencer par Dumoulin, sur les articles 112 et 114 de l'ancienne coutume de Paris, n° 3. Il est vrai que d'Argentré, son émule, toujours enclin à le contredire, est d'un avis contraire ; mais cet avis n'a pas été suivi. Lebrun, l'auteur le plus savant qui ait écrit sur la communauté, après avoir cité le texte de d'Argentré, et un arrêt de circonstance, rendu par le parlement de Dijon, le 6 janvier 1693, ajoute que nonobstant cela, « tant qu'il n'y a pas de preuve de mauvais usage, on condamne le mari à acquitter les parties des marchands qui ont avancé des choses nécessaires pour la subsistance et l'entretien du ménage, la femme étant *réputée procuratrice* pour telles emplettes ; autrement le mari abuserait lui-même du crédit qu'il procure à sa femme. » (*Voy.* livre 2, chapitre 3, n° 6, page 22.)

266. Nous ne saurions croire que le Code eût voulu renverser une jurisprudence si constante et si raisonnable, et le jurisconsulte qui connaît le mieux l'esprit de notre nouvelle législation (3), le savant Merlin, ne l'a pas cru non plus, puisqu'après l'avoir établie avec beaucoup de soin, il finit par la regarder comme une *maxime*. « Mais cette maxime, dit-il, page 518, liv. 2, » admet quelques exceptions. »

267. Nous pensons avec lui que, sauf les exceptions dont nous parlerons tout à l'heure, il faut tenir pour maxime que la femme engage la communauté pour les provisions, fournitures, étoffes, linge et autres choses nécessaires qu'elle prend à crédit, dont elle arrête les mémoires, ou pour lesquels elle souscrit des obligations, et que le mari ne peut se dispenser de les payer. Il est vrai que l'art. 1426 n'ajoute point cette exception à celle qu'il fait à l'égard des obligations de la femme marchande publique, pour le fait de son commerce ; mais l'art. 234 de la coutume de Paris, et les autres coutumes semblables, qui font également une exception en faveur des obligations de la femme marchande publique, n'y ajoutaient pas davantage l'exception relative aux obligations de la femme non marchande, pour la fourniture du ménage. Cependant, cette exception n'en était pas moins reçue comme une maxime, ainsi que nous venons de le voir.

S'il fallait conclure que le Code la rejette uniquement parce qu'il ne l'a point spécialement énoncée dans l'art. 1426, il faudrait dire aussi que la femme, même marchande publique, ne peut, sans autorisation, prendre à crédit les provisions, fournitures, etc., nécessaires au ménage, ni arrêter les mémoires ou en donner son obligation ; car ce ne sont pas là des actes de commerce, ce n'est qu'à ces actes qu'est accor-

(1) Quest. 240, n° 8.

(2) *Voy.* le président Bouhier, observ. 19, n° 92, et les auteurs qu'il cite ; Ferrière, sur l'art. 225 de la coutume de Paris, glos. 2, n° 72 ; le judicieux Valin, sur l'art. 23 de la coutume de la Rochelle, n°s 11 et suiv., et les auteurs qu'il cite ; Duparc-Poullain, dans son *Commentaire* sur la coutume de Bretagne, art. 448, t. 3, p. 193 et 194.

(3) *Voy* le *Répert. de jurisprudence* (édit. Tarlier), v° *Autorisation maritale*, sect. 7, n° 7.

dée la dispense d'autorisation pour laquelle il exige deux conditions : 1° que la femme soit marchande publique ; 2° *pour le fait de son commerce*.

Il faudrait dire aussi que les actes de la femme qui détaille la marchandise de son mari n'obligent point ce dernier, car le même art. 1426 et l'art. 220, en lui refusant la qualité de marchande publique, n'ajoutent point que pour ces actes de détail elle est dispensée d'autorisation.

Enfin, comment concevoir que la femme, à qui la nature même semble avoir départi l'administration intérieure du ménage, ait besoin de l'autorisation spéciale du mari pour acheter les fournitures de la maison et ce qui est nécessaire à la famille, tandis qu'elle n'a pas besoin de cette autorisation pour faire un commerce séparé? Il suffit d'un consentement tacite, d'une simple tolérance, en un mot, qu'il ne la désapprouve pas (1).

268. Disons donc que l'on ne peut argumenter du silence de l'art. 1426, pour refuser ce pouvoir à la femme, et qu'un arrêt qui jugerait *en point de droit*, par application de cet article, que le mari n'est point tenu de payer les fournitures et autres choses nécessaires au ménage que la femme a achetées à crédit, dont elle a arrêté les mémoires, ou même pour lesquelles elle a souscrit des obligations, parce qu'elle n'était pas autorisée de son mari, qu'un tel arrêt, disons-nous, serait infailliblement cassé pour fausse interprétation de cet article.

269. Nous disons *en point de droit*, car les circonstances des faits peuvent apporter à la maxime des exceptions ou limitations, dont le développement répondra aux objections.

Et d'abord, quoique la nature semble appeler la femme au gouvernement intérieur du ménage, le mari n'en reste pas moins le seul chef, le seul maître de la communauté ; en sorte que le prétendu droit de la femme n'est réellement fondé que sur la tolérance, sur le consentement tacite du mari, qui peut toujours empêcher sa femme de faire aucunes emplettes pour le ménage, les faire lui-même ou les faire faire par d'autres ; permettre à la femme d'en faire d'une certaine nature, et lui interdire les autres ; en un mot, limiter ou étendre ses pouvoirs comme il lui plaît ; lui donner l'argent nécessaire pour les emplettes du ménage et l'entretien de la famille ; le donner au fur et à mesure qu'elles sont faites, ou lui donner par abonnement tant par mois, tant par an, en lui recommandant de ne jamais acheter à crédit. La femme, qui doit obéissance à son mari, doit se conformer à toutes ses instructions, et ne pas contrevenir à ses ordres.

Mais tant que ces arrangements domestiques ne sont connus de personne, le public, qui voit la femme faire les emplettes du ménage et de la famille, a lieu de croire qu'elle agit du consentement tacite de son mari, qui est par conséquent tenu de payer. Il doit donc, s'il n'a pas une pleine confiance en sa femme, s'il a remarqué en elle des penchants à faire de folles dépenses, user du droit qu'a toujours le commettant sur son préposé de le révoquer. (L. 11, ff. *de instit. action.*, 14, 3.) Il doit dénoncer aux marchands chez qui l'on prend habituellement les fournitures de la maison de ne rien donner à crédit à sa femme ; et alors, si malgré cette dénonciation, sur la réalité de laquelle il est toujours cru à son serment, les marchands donnaient à crédit à la femme, ils seraient en faute et n'auraient d'action ni contre le mari, ni contre la femme. Telle est la première exception à la maxime que nous avons établie.

270. Valin nous en donne un exemple passé sous ses yeux : Un homme riche de la Rochelle avait une femme qui aimait trop la dépense. Elle avait pris à crédit de temps en temps chez différents marchands diverses étoffes propres à son usage et à celui de son mari. De ces achats, il y en avait dont le mari avait connaissance, et pour lesquels il avait donné à sa femme l'argent nécessaire pour payer comptant ; les autres lui étaient inconnus, et la femme avait revendu les marchandises pour faire de l'argent. Il y avait excès ; car, dit Valin, la fortune du mari était menacée par là.

Cependant, pour éviter un éclat, le mari paya tout régulièrement, et prit la précaution de recommander aux marchands de ne plus rien donner à crédit à sa femme. Quelques-uns déférèrent à l'avis, d'autres continuèrent de fournir à la femme, qui alla prendre encore à crédit chez d'autres marchands que le mari n'avait pas prévenus.

Partout où il n'avait pas fait défenses de vendre à crédit à sa femme, il paya sans hésiter ; à l'égard des autres, dit Valin, je lui conseillai de se défendre du payement qui lui était demandé, et sur son serment qu'il avait averti les marchands de ne plus rien fournir à sa femme sans argent, *il fut renvoyé et déchargé*. Mais il lui en avait coûté cher auparavant.

Nous avons connaissance d'un fait semblable. Peu avant la révolution, une marchande de modes présenta à un magistrat du parlement de Bretagne, justement considéré et très-estimé du public, un mémoire arrêté par madame. Ce mémoire inattendu s'élevait à une somme considérable, et dérangeait beaucoup ses calculs économiques : il fallait recourir à un emprunt pour payer ; mais il n'avait point averti les marchands de ne pas faire crédit à madame, à la-

(1) *Et si le mari la souffrait marchande*, dit l'art. 448 de la coutume de Bretagne : « Patientia mariti pro consensu est, cum utilitas mercaturæ recidat in commercium. »

quelle il payait une somme annuelle pour sa toilette. C'était un homme plein d'honneur. Il paya donc, en murmurant un peu ; mais enfin il paya.

271. On a demandé si le mari pouvait se faire décharger, se tirer de l'exception et rentrer dans la règle, en affirmant qu'il a donné à sa femme de quoi subsister et fournir aux dépenses du ménage, et que c'est sans ordre que lui ont été faites les fournitures dont elle s'est reconnue débitrice.

Les auteurs du *Nouveau Denisart*, v° *Autorisation*, § 2, n° 10, page 790, tiennent l'affirmative et fondent leur opinion sur deux arrêts du parlement de Paris, qui ont dû le juger ainsi. Le premier, rendu le 1er août 1727, en faveur du prince de Lambesc, contre un parfumeur qui avait fourni à la princesse différentes marchandises de sa profession ; l'autre, du 26 août 1724, en faveur d'un financier nommé Thibaut.

Merlin dit que cette jurisprudence paraissait renfermée dans l'enceinte de la capitale, où des raisons particulières l'avaient introduite, et qu'on ne voit pas que le parlement de Paris l'ait étendue au delà.

La vérité est que ces deux arrêts de circonstance ne formaient point la jurisprudence du parlement de Paris, même dans son enceinte, puisque les mêmes auteurs rapportent un arrêt postérieur rendu en sens contraire, dont nous avons donné l'espèce *supra*, n° 267, et par lequel nonobstant *son affirmation, qu'il donnait à sa femme une somme par an pour l'entretien de ses gens,* le marquis de *** n'en fut pas moins condamné de payer des habits de livrée qu'un tailleur de Paris avait vendus et livrés à sa femme sans son ordre. L'arrêt est du 6 juin 1768.

Dans cette espèce, le mari affirmait qu'il donnait à sa femme une somme pour l'entretien de ses gens. Cependant il fut condamné. Son affirmation ne suffisait donc pas, même à Paris, pour le faire décharger et le tirer de l'exception, et le replacer sous la règle générale qu'il invoquait. Il est donc à croire que les arrêts du prince de Lambesc et de Thibaut, dont on ne voit pas les espèces, étaient des arrêts de circonstance, qui ne firent pas jurisprudence, et avec raison ; car quel effet peuvent produire dans le public les arrangements domestiques du mari et de la femme, tant qu'ils ne sont pas connus des personnes intéressées à les connaître, quand, au contraire, les marchands et fournisseurs ordinaires de la maison voient la femme agir comme la préposée de son mari, et faire, sans réclamation de ce dernier, les emplettes nécessaires pour le ménage et pour la famille? N'ont-ils pas lieu de croire qu'elle n'agit ainsi que du consentement tacite de son mari? Les marchands, disait le marquis de ***, doivent, avant de faire les fournitures, s'informer si le mari y donne son consentement. Cette raison ne fut point écoutée et ne méritait pas de l'être. C'est bien plutôt au mari d'exiger de sa femme qu'elle lui représente les quittances des emplettes qu'elle fait, qu'elle lui rende compte de l'argent qu'il lui a donné. Il le peut, il le doit, et alors il ne serait point dupé. Il est donc en faute, et non pas le marchand, qui a suivi la foi de son épouse. Enfin, suivant la réflexion très-sensée du judicieux Valin (1), « s'il faut que quelqu'un souffre de la mauvaise conduite d'une femme, en pareil cas, il vaut mieux que ce soit le mari, que le marchand qui a livré sa marchandise à la bonne foi. »

272. Ce que nous venons de dire s'applique au cas où les époux vivent ensemble et ont un ménage commun, ce qui est le cas le plus ordinaire. L'absence du mari, soit pour ses affaires, soit pour les fonctions de son emploi, n'est alors qu'une raison de plus pour l'obliger à payer les emplettes que sa femme, pendant son absence, a faites à crédit pour sa famille, qui autrement pourrait se trouver exposée à manquer de secours. Mais si le mari et la femme, quoiqu'il n'y ait pas entre eux de séparation prononcée en justice, avaient néanmoins des habitations séparées, des ménages séparés, comme on en a plusieurs exemples, les obligations de la femme pour les fournitures de sa maison particulière, pour ses vêtements, etc., engageraient-elles son mari et les biens de la communauté, qui n'est pas dissoute? Nous ne le pensons pas ; cette séparation volontaire fait naturellement présumer, et suffisamment connaître que le mari et la femme ont pris des arrangements entre eux pour assurer la subsistance de la femme et les besoins de son ménage, et l'on ne peut pas dire, en ce cas, qu'en prenant à crédit, en donnant des obligations pour fournitures, elle agisse comme préposée de son mari, avec lequel elle ne vit pas : ce sont donc des dettes qui sont personnelles à la femme, et que le mari, ni sa succession, ne sont point obligés de payer (2). Ainsi le jugea, sous l'ancienne jurisprudence, le parlement de Paris, dans l'affaire de la duchesse douairière de Lorges, et le duc de Lorges, fils d'un premier lit (3). La duchesse de Lorges avait vécu séparément de son mari, depuis 1742 jusqu'en 1756. Il lui payait une pension de 20,000 fr. La duchesse de Lorges ayant contracté pendant tout ce temps des dettes envers différents *fournisseurs*, elle prétendit que ces dettes, qui se montaient à environ 53,000 fr. et pour lesquelles elle se restreignit à 50,000 francs, devaient être acquittées par la succession du duc de Lorges. Elle

(1) Sur l'art. 23 de la coutume de la Rochelle, n° 16.
(2) Voy. Dalloz, v° *Communauté*, nos 209, 210.

(3) L'arrêt est rapporté dans le *Nouveau Denisart*, v° *Autorisation*, § 2, n° 51.

alléguait que la pension de 20,000 fr. avait été insuffisante pour ses dépenses nécessaires.

Une sentence du Châtelet, du 31 juillet 1760, avait condamné le duc de Lorges à payer à la duchesse, sa belle-mère, la somme de 30,000 l.; mais sur l'appel interjeté en la grand'chambre du parlement de Paris, la sentence fut infirmée, et les parties renvoyées devant des arbitres sur les autres contestations qui les divisaient.

Le parlement de Paris jugea donc que les dettes contractées par la duchesse de Lorges, pour les fournitures de sa maison particulière, n'avaient point engagé son mari, ni par conséquent sa succession.

Un autre arrêt du même parlement jugea que le fait de l'habitation séparée de la femme ne pouvait lever l'incapacité dont elle est frappée, de s'obliger sans autorisation, même pour fournitures. La question se présenta au Châtelet de Paris à l'égard des créanciers de la duchesse de Villeroi. Elle vivait séparément de son mari depuis plus de trente ans, et elle avait un hôtel et des domestiques particuliers. Mais ces circonstances favorables ne purent effacer l'incapacité de s'obliger, même pour fournitures de sa maison, quoique ces engagements ne fussent pas excessifs, dit l'arrêt cité (1).

La sentence du Châtelet, du 11 mars 1761, et l'arrêt confirmatif, du 27 juillet suivant, ordonnèrent néanmoins que les fournisseurs seraient payés de ce que la duchesse de Villeroi leur devait, mais à titre de légataires seulement, au moyen de ce qu'elle leur en avait fait don et legs par son testament, et non en qualité de créanciers, comme ils le prétendaient.

Ainsi, l'ancienne jurisprudence jugeait que les obligations de la femme séparée de fait, contractées même pour fournitures, non-seulement n'obligeaient point son mari, mais encore qu'elles étaient nulles à son égard, par défaut d'autorisation. Il nous paraît bien certain que, sous l'empire du Code, les fournisseurs auraient contre elle l'action *de in rem verso*, fondée sur la grande règle qui domine toute la jurisprudence, que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

273. Il est à remarquer que la femme qui achète des marchandises pour l'habillement et la nourriture de sa famille, n'agissant que comme mandataire ou préposée de son mari, n'est point obligée personnellement, lorsqu'elle vient par la suite à renoncer à la communauté. C'est la différence qu'il faut mettre entre les dettes du ménage et celles d'un commerce public : elle est fondée sur la disposition positive de l'art. 220 du Code civil, et de l'art. 5 du Code de commerce (2).

274. Il n'est pas nécessaire de dire que la maxime qui reconnaît la validité des obligations contractées par la femme, pour fournitures de la maison, vêtements de la famille, etc., n'est point applicable au cas de fraude. Les cas de fraude sont toujours exceptés. Mais il ne suffirait pas qu'il y eût fraude de la part de la femme. Si, par exemple, après avoir acheté des marchandises pour l'usage de sa famille, la femme, comme celle dont parle Valin, les allait revendre pour faire de l'argent, à l'insu du marchand chez qui elle les avait prises, il y aurait fraude, sans doute. Mais si le marchand n'y avait participé en rien, pas même par connivence, l'obligation n'en serait pas moins valide. Ce serait encore le cas de dire : S'il faut que quelqu'un souffre de la mauvaise conduite de la femme, il vaut mieux que ce soit le mari, que le marchand qui a livré sa marchandise de bonne foi.

275. La maxime ne serait plus applicable s'il y avait excès dans les dépenses, eu égard à la fortune des époux, à leur condition, à leur manière ordinaire de vivre. Cela est fondé, dit le président Bouhier, observ. 19, n° 98, sur les règles établies pour les instituteurs, suivant lesquelles les préposés ou instituteurs n'obligent leurs maîtres que lorsqu'ils se tiennent dans les bornes de leur commission, et non pas lorsqu'ils en sortent. (L. 5, § 11, ff. *de instit. act.*, 14, 3.)

Or la femme excède les bornes de la sienne, quand elle prend des marchandises qui ne conviennent pas à son état, ou qu'elle en prend en trop grande quantité. Le marchand alors doit s'imputer de n'avoir pas averti le mari. L'excès des marchandises peut même, jusqu'à un certain point, être suspect de fraude.

Au reste, tout cela ne peut convenir qu'aux ménages un peu aisés, et non pas aux personnes d'un ordre inférieur. Un marchand, par exemple, serait inexcusable d'avoir donné des marchandises à crédit à la femme d'un simple artisan, sans l'aveu de son mari, à moins que celui-ci n'eut précédemment payé, sans se plaindre, de semblables fournitures faites à sa femme; car alors son aveu est présumé.

276. Cette habitude d'approuver, même tacitement, certains actes de la femme, que d'ailleurs elle ne peut faire sans le consentement de son mari, donne à ces actes une force irréfragable; car rien n'indique mieux que cette habitude la volonté du mari de confier à la femme la gestion de ces sortes d'affaires, que l'approbation tacite de ce qu'elle a fait (3). Par exemple, les quittances données par la femme aux fermiers de son mari ou aux siens, et aux autres débiteurs, sont des actes qu'elle ne peut faire valablement sans le consentement de son mari. Cependant si le mari avait alloué les quittances de la femme dans des comptes précédents sans

(1) *Voy.* le *Nouveau Denisart, ubi supra.*
(2) Battur, n° 298.

(3) « Cuicumque igitur negotio præpositus sit, institor recte appellabitur. » (L. 1, ff. *de instit. act.*, 14, 3.)

s'en plaindre, et sans faire défense de payer à sa femme à l'avenir, il ne pourrait critiquer les quittances qu'elle aurait données depuis ces comptes (1).

277. Les dettes qui ont pour cause l'entretien dont le mari est chargé, et par conséquent son propre entretien, sont à la charge de la communauté sans difficulté, dit l'avocat général Séguier (2) : mais si, avant l'emploi des marchandises, le mari contredit l'achat des marchandises, fait sans son ordre par sa femme, le marchand est obligé de les reprendre.

Basnage nous apprend, sur l'art. 392 de la coutume de Normandie, que, par arrêt du parlement de Rouen, un marchand, pour qui il plaidait, fut condamné à reprendre des passements que la femme d'un homme de condition avait achetés sans son ordre.

Il en est de même, à plus forte raison, des ameublements qu'il aurait plu à une femme d'acheter. Le mari ne serait obligé de les payer qu'autant qu'il voudrait les garder. Il aurait la faculté de les faire reprendre par le marchand qui les a vendus (3).

278. Après avoir vu quelles sont les dettes contractées par les conjoints durant le mariage, qui entrent dans le passif de la communauté, et la différence qui existe à cet égard entre les dettes contractées par la femme, et celles que contracte le mari, il faut voir comment y entrent les dettes des successions qui leur échoient pendant le mariage. Le Code en distingue de trois espèces : 1° des successions purement mobilières, dans lesquelles il ne se trouve point d'immeubles ; 2° des successions purement immobilières, dans lesquelles il n'y a point de meubles ; 3° enfin, des successions en partie mobilières et en partie immobilières. Quant aux successions purement mobilières, l'art. 1411 porte : « Les » dettes des successions purement mobilières, » qui sont échues aux époux pendant le ma- » riage, sont pour le tout à la charge de la com- » munauté. »

La raison en est que la communauté, profitant en ces cas de la totalité de la succession, doit en supporter toutes les charges, et être tenue de toutes les dettes du défunt.

Il y a néanmoins une différence entre les successions échues au mari, et celles qui sont échues à la femme. Si le mari a l'imprudence d'accepter purement et simplement la succession d'un homme insolvable, qui ne consistait qu'en mobilier, la communauté, qui a recueilli tout l'actif de cette succession, est tenue de toutes les dettes, quoiqu'elles excèdent de beaucoup l'actif dont elle a profité.

Il en est de même lorsque le mari a autorisé sa femme à accepter purement et simplement une succession qui lui est échue, parce qu'alors les actes qu'elle fait du consentement de son mari engagent les biens de la communauté. (Art. 1426.)

279. Au contraire, lorsque, sur le refus de son mari, une femme a été autorisée par la justice à accepter une succession purement mobilière, qui se trouve onéreuse, la communauté n'est tenue des dettes de cette succession que jusqu'à concurrence de l'actif dont elle a profité ; car, suivant l'art. 1426, les actes faits par la femme, sans le consentement de son mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté.

C'est une conséquence des principes que nous avons établis *supra*. Le mari étant maître absolu des biens de la communauté, dont il peut disposer à son gré, même les perdre, la communauté est chargée entièrement de toutes les dettes qu'il contracte, soit qu'elle ait ou non profité des affaires pour lesquelles il les a contractées. Elle doit donc être chargée entièrement des dettes des successions échues au mari, dont il s'est imprudemment rendu débiteur, en acceptant purement et simplement ces successions, quoique les dettes en excèdent l'actif dont la communauté a profité.

Mais la femme n'ayant pas le droit de disposer des biens de la communauté, dans lesquels elle n'a qu'un droit éventuel et incertain, ne peut charger la communauté des dettes qu'elle contracte sans l'approbation de son mari, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la communauté a profité des affaires pour lesquelles elles ont été contractées. Si donc le mari, comme chef de la communauté, est poursuivi par les créanciers des successions que la femme a acceptées avec l'autorisation de la justice, en offrant de leur compter de tout ce qui lui en est parvenu, il doit être renvoyé de leurs demandes, et ils ne pourront même se faire payer sur les revenus des biens personnels de la femme, qui appartiennent à la communauté, pourvu, toutefois, que le mobilier n'ait pas été confondu dans celui de la communauté, sans un inventaire préalable. (Art. 1416 et 1417.)

280. Quant aux successions purement immobilières, l'art. 1412 porte : « Les dettes d'une succession purement immobilière, qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté, sauf le droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur payement sur les immeubles de ladite succession. »

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 230 ; Dalloz, *ubi supra*, n° 236.

(2) *Voy.* son plaidoyer dans l'affaire de la duchesse de Lorges, *Nouveau Denisart*, v° *Autorisation*, § 2, p. 792, *in fine*.

(3) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 250 ; Dalloz, v° *Communauté*, n° 250.

Tout l'actif de la succession étant en ce cas propre au conjoint à qui la succession est échue, sans qu'il en entre aucune partie dans la communauté, l'héritier doit être tenu de tout le passif, de toutes les dettes mobilières et immobilières. La communauté, qui ne succède à rien de l'actif, n'en doit etre aucunement tenue, si ce n'est des arrérages et intérêts qui courront depuis l'ouverture de la succession; ces arrérages et intérêts étant des charges du revenu des biens de cette succession, qui appartient à la communauté, de même que celui des autres biens de l'héritier.

« Néanmoins, ajoute l'art. 1412, si la succession est échue au mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement, soit sur tous les biens propres au mari, soit même sur ceux de la communauté; sauf, dans ce second cas, la récompense due à la femme ou à ses héritiers (1). »

281. Si la succession purement immobilière est échue à la femme, l'art. 1413 distingue :

Si celle-ci l'a « acceptée du *consentement* de son mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement sur tous les biens personnels de la femme; mais si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, au refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme. »

282. On a remarqué qu'en autorisant les créanciers de la succession immobilière, échue à la femme et acceptée du *consentement* du mari, à poursuivre leur payement sur tous les biens personnels de la femme, cet article 1413 n'a point ajouté : *soit même sur ceux de la communauté,* comme l'a fait l'art. 1412, qui dit que les créanciers de la succession échue au mari peuvent poursuivre leur payement, soit sur tous les biens propres au mari, *soit même sur ceux de la communauté;* et du silence de l'art. 1413, on a conclu que, dans le cas de la succession acceptée par la femme du *consentement* du mari, les créanciers n'ont le droit d'agir que sur tous les biens personnels de la femme, et non sur ceux de la communauté, qui ne se trouve, dit-on, obligée que sur la jouissance des biens personnels de la femme; en un mot, que l'article 1413 borne leur action aux biens personnels de la femme et aux biens de la succession (2).

C'est donc uniquement sur le silence de l'art. 1413 que l'on prétend refuser aux créanciers de la succession immobilière acceptée par la femme du consentement du mari, une action sur les biens de la communauté.

Mais d'abord, ce n'est pas seulement sur la nue propriété des biens de la femme qu'ils ont une action, comme dans le cas où la succession n'est acceptée que sous l'autorité de la justice. Ils ont action, et l'on en convient, sur les revenus de la femme qui appartiennent à la communauté. Ils ont donc action sur une partie des biens de la communauté; pourquoi ne l'auraient-ils pas sur l'autre? L'art. 1413 ne la leur refuse pas. Ce n'est que de son seul silence qu'on argumente.

Mais ce silence est clairement expliqué par la disposition générale de l'art. 1419, qui pose en principe que « les créanciers peuvent poursuivre le payement des dettes que la femme a contractées avec le consentement de son mari, tant sur les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme; sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité au mari. Or « il est certain, dit fort bien Delvincourt, tome 3, page 258, que l'adition d'hérédité est un quasi-contrat qui oblige l'héritier acceptant envers les créanciers de la succession. Il est donc vrai de dire que lorsque la femme accepte une succession, elle contracte des obligations. »

Donc, si elle l'accepte avec le consentement de son mari, les créanciers peuvent poursuivre leur payement, tant sur tous les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme, sauf récompense ou indemnité.

Non, dit Delvincourt, tome 3, pages 258 et 259. La règle générale, dit-il, se trouve dans l'art. 1413, l'exception dans l'art. 1419. Il suffit d'établir la différence qui existe entre les deux cas prévus par ces articles. Dans l'art. 1413, il s'agit d'une succession immobilière acceptée par la femme autorisée de son mari; mais en l'autorisant il ne s'oblige pas : *Qui auctor est non se obligat.* C'est la règle générale à laquelle est conforme l'art. 1413, où il s'agit de l'autorisation donnée à la femme par le mari, pour accepter une succession purement immobilière. Or, comme il ne peut s'approprier aucun des objets qui la composent, il n'y a pas lieu de faire exception à ce principe : *Qui auctor est non se obligat,* et de rendre le mari responsable des suites d'une acceptation à laquelle il n'a concouru que par l'autorisation qu'il a donnée à sa femme.

Il n'en est pas de même, dit Delvincourt, dans l'art. 1419. Cet article ne s'est pas servi de l'expression générale *obligations;* il a employé le mot *dettes*, qui s'entend plus particulièrement des obligations que la femme peut contracter par emprunts d'argent, ou autres moyens semblables. Or, sous le régime de la communauté, la femme n'ayant aucune administration quelconque, on doit présumer que tous les deniers qu'elle a pu se procurer de cette manière sont tombés dans le coffre de la communauté, et en conséquence on regarde les obligations par

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 234.

(2) Bellot, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, p. 279 et 280; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 236; Zachariæ, § 513.

l'effet desquelles ces deniers lui sont provenus, comme des obligations de la communauté même; et comme, d'un côté, les créanciers de la communauté sont en même temps ceux du mari; que, de l'autre côté, la femme s'est obligée personnellement, l'on a pu donner, dans ce cas, aux créanciers, action tant contre la femme que contre le mari et la communauté.

On a voulu d'ailleurs empêcher les fraudes. Un mari s'entendrait avec sa femme; il l'autoriserait à faire des emprunts, sans s'obliger lui-même; il profiterait des sommes empruntées, et se dispenserait de payer les créanciers; ce qui serait injuste.

Concluons donc, dit encore Delvincourt, que la règle générale se trouve dans l'art. 1413, et l'exception dans l'art. 1419.

Cette doctrine est fausse en tout point; mais étant professée avec beaucoup d'assurance par un professeur qui jouit de grands honneurs dans l'université, elle pourrait devenir contagieuse. Il faut donc la réfuter.

Il est absolument faux que la règle : *Qui auctor est non se obligat*, s'applique à l'autorisation du mari; elle ne s'applique qu'à celle des tuteurs et curateurs, et c'est pour eux qu'elle est établie dans la loi 26, au Code, *de administ.*, etc., liv. 5, tit. 37, où Justinien décide que l'autorisation donnée par le tuteur à son mineur, dans une affaire dont la suite pourra donner à ce dernier une action contre le tuteur, ne préjudicie point à celui-ci.

L'autorisation des tuteurs ou curateurs et celle des maris ont cela de commun, que leur effet est d'*habiliter*, la première les mineurs, la seconde les femmes mariées, et de les rendre capables de contracter un engagement qui, sans cette formalité, ne serait pas valable; mais comme l'affaire pour laquelle le tuteur autorise le mineur n'intéresse que ce dernier, et que le ministère du tuteur se borne à examiner si elle ne peut pas préjudicier à celui qui est sous sa protection, et à lui donner un conseil, il s'ensuit qu'il ne s'engage lui-même en aucune manière, à moins que son conseil ne soit frauduleux : *De consilio nemo tenetur;* maxime qui a le même sens que celle-ci : *Qui auctor est non se obligat;* car *auctor esse* a la même signification que *suasor esse*. Le tuteur est le conseil nécessaire du mineur.

Le mari et la femme, au contraire, étant en communauté, les affaires de la femme intéressent toujours plus ou moins directement ou indirectement le mari, comme chef de la communauté, et par ce motif, quelque obligation qu'elle contracte, quelques actes qu'elle fasse, quand même ils seraient relatifs à des affaires dont le fond ne regarde qu'elle personnellement, elle engage la communauté, et par conséquent son mari, qui en est le chef, si elle a contracté ces obligations, ou fait ces actes avec son autorité ou son consentement : autrement ils seraient nuls, sans qu'elle fût elle-même obligée.

Ainsi, loin qu'on puisse appliquer à l'autorisation maritale la règle faite pour les tuteurs et curateurs : *Qui auctor est non se obligat*, il faut appliquer aux maris une règle diamétralement opposée : *Maritus qui auctor est se obligat.*

Les textes les plus précis et l'esprit général de nos lois anciennes et nouvelles sur la communauté conjugale prouvent ce que nous venons d'avancer.

Il résulte de l'art. 1419 du Code, que les dettes de la femme, contractées du consentement de son mari, engagent la communauté et son chef, puisque les créanciers peuvent poursuivre leur payement, tant sur les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme. Cette disposition générale s'applique même aux dettes que la femme autorisée de son mari contracte pour ses affaires personnelles, comme le reconnaît Delvincourt, page 259, et comme le prouve le texte de l'art. 1419, qui dit que le payement de ces dettes peut être poursuivi, *sauf la récompense à la communauté ou l'indemnité due au mari;* car ce n'est que dans le cas où la dette est contractée uniquement pour les affaires personnelles de la femme, qu'il peut être dû une récompense ou une indemnité.

Pour éluder la conséquence nécessaire de l'art. 1419; Delvincourt dit que cet article ne s'est point servi de l'expression générale *obligations*, et qu'il a employé le mot *dette*, qui s'entend plus particulièrement de l'obligation que la femme contracte par emprunts d'argent, ou autres moyens semblables.

Mais, de bonne foi, cette réponse n'est-elle pas puérile? N'est-il pas évident que le Code s'est servi du mot *propre?* De quoi s'agit-il dans tout ce paragraphe? Des dettes des conjoints qui sont ou non à la charge de la communauté, qui sont une dette de la communauté. Aussi, dans tous les cas, le Code s'est servi du mot de *dette;* jamais du mot *obligation*, qui signifie proprement le lien moral par lequel nous sommes contraints de faire ou de donner quelque chose. Le produit de ce lien est la dette, qui est une charge des biens de celui qui est obligé. Ainsi, quand un homme emprunte, il s'oblige; cette obligation produit une dette dont ses biens sont chargés. En un mot, toute obligation produit une dette; obligation et dette sont des termes corrélatifs, et quand on dit que des biens sont obligés, c'est une expression métaphorique : c'est la personne du propriétaire qui est obligée.

Les termes de l'art. 1426 sont encore plus généraux; il porte : « Les *actes* faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté. »

Donc, *a contrario*, ils sont engagés par les actes faits avec le consentement du mari, car cet argument *a contrario*, qui n'est pas toujours

concluant, dans l'interprétation des lois, le devient lorsque, comme ici, il n'est que la conséquence d'un principe supposé pour la disposition interprétée. En effet, il serait parfaitement inutile, pour ne pas dire inepte, de dire que les actes faits par la femme sans le consentement du mari n'engagent point la communauté, si les actes faits avec son consentement ne l'engagent pas davantage. Posons donc en principe que, selon l'art. 1426, les actes faits avec le consentement ou l'autorisation du mari engagent la communauté.

C'est un principe qui n'est pas nouveau; il est puisé dans le texte de nos anciennes coutumes. L'art. 449 de la coutume de Bretagne porte : « La femme est tenue de requérir l'autorité de son mari, soit qu'elle veuille contracter, ester en jugement, ou accepter succession, tant en demande que défense, pour la conservation de ses droits; et où il ne voudrait l'autoriser, le juge ordinaire la peut autoriser, et en ce cas, n'est le mari, ni la communauté, tenu de l'événement desdits procès et autres actes ci-dessus, soit en principal et dépens, dont les propres seulement de la femme demeurent obligés. »

La différence des effets de l'autorisation du mari, et de ceux de l'autorisation de la justice, est clairement établie dans cet article. La femme autorisée de son mari engage les biens de la communauté, et quand elle n'est autorisée que de la justice, elle ne les engage pas. Cette maxime était de droit commun en France. « Lorsque la femme, dit Bourjon (1), agit autorisée par justice, elle n'engage que la nue propriété de ses propres; les fruits d'iceux restent toujours au profit de la communauté, à la masse de laquelle elle ne peut nuire.

» Il n'en est pas de même lorsqu'elle agit autorisée de son mari; en ce cas elle engage non-seulement la propriété de ses propres, mais même les biens de la communauté, *l'acte alors devenant commun à son mari.* »

C'est par cette raison, dit d'Argentré (2), qu'on ne peut contraindre le mari à autoriser sa femme; car on ne peut le contraindre à obliger son bien.

283. Il est donc certain que sous l'empire des coutumes, comme sous l'empire du Code, la femme qui agit avec l'autorisation de son mari, à la différence de celle qui n'est autorisée que de la justice, engage dans tous les cas les biens de la communauté. Ainsi, les dettes contractées par la femme autorisée de son mari, pour quelque cause que ce soit, engagent les biens de la communauté. (Art. 1419.)

Ainsi, tous les *actes* de la femme autorisée de son mari engagent les biens de la communauté. (Art. 1426.)

Ainsi, les procès soutenus par la femme autorisée de son mari, engagent la communauté au payement des dépens auxquels elle peut être condamnée (3).

Ainsi, les créanciers d'une succession acceptée par la femme, avec le consentement de son mari, peuvent poursuivre leur payement sur les biens de la communauté, et même sur ceux du mari, sauf récompense ou indemnité.

Il est donc vrai de dire qu'en autorisant sa femme, le mari s'oblige : *Qui auctor est se obligat.* Il était nécessaire de démontrer la fausseté de la maxime contraire, avancée avec tant de confiance dans un ouvrage que des milliers d'élèves sont, chaque année, contraints d'étudier.

284. Enfin, 3° « lorsque la succession échue à l'un des époux, dit l'art. 1414, est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier, comparée à celle des immeubles.

» Cette portion contributoire se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder, soit de son chef, si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue. »

285. Cette disposition est contraire au principe général établi par l'art. 1409, qui charge la communauté « de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage, ou dont se trouvent chargées les successions qui leur échoient durant le mariage. »

En effet, les dettes mobilières d'une succession que l'un des conjoints accepte purement et simplement, devenant ses dettes personnelles, il semble que la communauté devrait en être chargée.

Mais le principe que toutes les dettes mobilières, dont chaque conjoint est grevé, sont une charge de la communauté, souffre exception à l'égard des dettes mobilières qui ont pour cause le prix d'un propre, ainsi que nous l'avons vu *supra*, nos 209 et 210. Je devais à mon frère, avant mon mariage, une somme de... pour soulte de retour de lot dans la portion de la succession de mon père. Cette somme étant le prix des immeubles que j'avais reçus de plus que lui, et qui me sont propres, n'entrera point dans le

(1) *Droit commun de la France*, titre *de la Communauté*, 4e partie, chap. 3, sect. 4, nos 23 et 24, t. 1, p. 503, édit. de 1747.

(2) Aitiologie sur l'art. 449 de la nouvelle coutume de Bretagne : « Insolens est maritum compelli ad auctoritatem præstandam, ne res obliget. »

(3) *Voy.* les *Principes* de Duparc-Poullain, t. 5, p. 103 et suiv. Demante, *Thémis*, t. 8, p. 166; Delvincourt, t. 3, p. 258; Bellot, t. 1, p. 279; Battur, t. 1, no 338, combattent l'opinion de Toullier.

passif de ma communauté. Il serait trop dur, il serait injuste de lui faire payer le prix de mes propres.

Or les dettes mobilières, pour la portion dont les immeubles de la succession sont chargés, sont en quelque sorte le prix de ces immeubles, puisque ce n'est qu'en payant ces dettes que le conjoint héritier peut avoir et posséder les immeubles (1).

286. Dans la jurisprudence antérieure au Code, nos auteurs n'étaient point d'accord sur le point de savoir comment les dettes d'une succession, partie mobilière, partie immobilière, échue à l'un ou l'autre des conjoints durant le mariage, devaient entrer dans la communauté.

La cause principale de cette diversité d'opinions venait de la diversité des dispositions de nos coutumes, sur le mode de contribution aux dettes d'une succession entre les cohéritiers aux meubles et les héritiers aux immeubles. Pothier, n° 261, pensait qu'il fallait distinguer. « Il y a, dit-il, des coutumes qui chargent le mobilier de toutes les dettes mobilières des successions. Il n'est pas douteux que dans ces coutumes la communauté, dans laquelle entre tout le mobilier actif des successions échues à l'un ou l'autre des conjoints, est tenue de toutes les dettes mobilières desdites successions.

» Mais il y a des coutumes, comme celle de Paris, qui font contribuer les héritiers aux différentes espèces de biens, à toutes les différentes espèces de dettes, soit mobilières, soit immobilières, à proportion de ce que chacun a dans l'actif de la succession. L'esprit de ces coutumes est que chaque espèce de biens, dont est composée l'universalité de la succession, soit chargée d'une portion de toutes les différentes espèces de dettes, qui soit dans la même proportion qu'est la valeur de chaque espèce de biens à celle du total de la succession. Par exemple, le mobilier de la succession fait le tiers du total de la succession : le mobilier est chargé du tiers de toutes les dettes, tant mobilières qu'immobilières. »

287. Pothier pensait qu'il fallait appliquer à la communauté le même mode de contribution qu'aux dettes des successions en partie mobilières et en partie immobilières, échues aux conjoints durant le mariage. En effet, il était assez naturel de considérer ce cas comme s'il y avait deux espèces d'héritiers, puisque, dans la réalité, la communauté légale succède seule à tous les meubles et le conjoint héritier à tous les immeubles.

L'opinion de Pothier a été, par l'article 1414, érigée en loi générale pour tout le royaume; ce qui fait cesser toute distinction.

288. Pour régler la portion contributoire de la communauté aux dettes de la succession en partie mobilière et en partie immobilière, l'article 1414 ordonne au mari de faire un *inventaire;* ce qui doit s'entendre non-seulement de l'inventaire et prisage des meubles, mais encore d'un état d'estimation des immeubles ; car ce n'est que d'après la valeur comparative des uns et des autres qu'on peut régler la portion contributoire. Par exemple, si le mobilier est du tiers de la valeur totale de la succession, et l'immobilier des deux tiers, la communauté sera grevée du tiers des dettes, sans distinction des dettes mobilières ou immobilières (2), et le conjoint, auquel la succession est échue, des deux autres tiers ; car, pour régler la portion contributoire des dettes, l'art. 1414 ne distingue point entre les dettes mobilières et immobilières ; il ne fait qu'une seule masse de toutes ces dettes.

289. « A défaut d'inventaire, dit l'art. 1415, et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve, tant par titres et papiers domestiques, que par témoins, et, au besoin, par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié.

» Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve. »

Supposons qu'une succession en partie mobilière et en partie immobilière soit échue à Titius pendant son mariage. Elle était opulente, mais chargée de 50,000 francs de dettes. Titius néglige de faire l'inventaire prescrit par l'article 1414. Il meurt après avoir payé toutes les dettes. La veuve accepte la communauté et demande récompense d'une somme de 40,000 fr., en soutenant que dans la dette de 50,000 fr., la portion contributoire des immeubles était d'une somme de 40,000 francs, payée par la communauté, qui en doit récompense, et celle du mobilier de 10,000 francs seulement. La veuve pourra, d'après l'article 1415, prouver la consistance et valeur du mobilier non inventorié par tous genres de preuves, même par commune renommée (3).

Mais pourra-t-elle également prouver, tant par témoins que par commune renommée, qu'il y avait dans la succession pour 50,000 francs de dettes ? Notre article n'en parle point, mais l'affirmative ne paraît pas douteuse ; car la veuve

(1) Pothier, n° 261; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 237; Bellot, t. 1, p. 288; Dalloz, v° *Communauté*, n° 241.

(2) Duranton, tome 8 (XIV, éd. fr.), n° 237; mais *voy.* Bellot, t. 1, p. 289.

(3) Lorsqu'à la dissolution de la communauté le survivant des époux a négligé de dresser inventaire, les héritiers de l'enfant issu du mariage peuvent, après le décès du survivant, requérir l'apposition des scellés sur les meubles délaissés par lui. (Brux., 12 nov. 1834; *Jur. de Belg.*, 1836, p. 526.)

n'a pas été dans la possibilité de se procurer une preuve par écrit, et elle est dépouillée de son droit sans sa faute.

Supposons maintenant que la même succession soit échue à la femme de Titius, qui néglige également de faire inventaire, mais qui paye néanmoins toutes les dettes. Après la mort de sa femme, il ne pourra demander aucune récompense aux héritiers qui acceptent la communauté, à moins qu'il n'ait la preuve écrite de tous les moyens qui fondent sa demande; car, supposons qu'il ait la preuve écrite et authentique, par exemple, du payement de la somme de 50,000 francs; quel parti en pourra-t-il tirer? Il est certain qu'il était dû une portion de ces dettes par les immeubles de la succession dont la femme a seule profité. Mais quelle portion? Il s'est mis dans l'impossibilité de la déterminer, et le Code le déclare non recevable à faire cette preuve, pour le punir de sa faute.

Si, en faisant inventaire, il avait négligé de constater l'état et la valeur des immeubles, comme il est toujours possible d'en constater le nombre, même après la dissolution du mariage, le Code lui ordonne seulement de faire procéder à l'inventaire de la succession, ce qui ne s'entend ordinairement que des meubles (1).

290. Cette division des dettes entre la communauté et l'époux à qui la succession est échue est étrangère aux créanciers, et l'art. 1416 porte : « Les dispositions de l'art. 1414 ne font point obstacle à ce que les créanciers d'une succession, en partie mobilière et en partie immobilière, poursuivent leur payement sur les biens de la communauté, soit que la succession soit échue au mari, soit qu'elle soit échue à la femme, lorsque celle-ci l'a acceptée du consentement de son mari; le tout sauf les récompenses respectives. »

L'article ajoute : « Il en est de même si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, et que néanmoins le mobilier en ait été confondu dans celui de la communauté sans un inventaire préalable. »

291. L'art. 1417 porte : « Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur payement que sur les biens, tant mobiliers qu'immobiliers, de ladite succession, et, en cas d'*insuffisance*, sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme. »

Cette dernière disposition prouve que les créanciers d'une succession acceptée en justice, au refus du mari, ne peuvent se pourvoir sur la nue propriété des biens personnels de la femme, qu'en cas d'*insuffisance* des immeubles de la succession. La femme peut donc exiger la discussion préalable des immeubles de la succession, et elle a un grand intérêt à le faire; car on vend mal un bien dont on ne vend que la nue propriété (2).

292. L'art. 1414 dit que les dettes d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à la concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes. Remarquez qu'il ne dit pas jusqu'à la concurrence des meubles qui y sont entrés. Il peut donc arriver que la communauté doive plus qu'elle ne reçoit, si le passif de la succession surpasse l'actif. Supposons que la part contributoire de la communauté aux dettes s'élève à 10,000 fr., et qu'elle ne recueille en meubles que 9,000 fr.; elle devra 1,000 fr. de plus qu'elle ne recevra, en supposant que la succession n'ait pas été prise sous bénéfice d'inventaire. C'est aussi ce qui résulte de l'art. 1417 (3).

293. Il peut arriver que dans une succession partie mobilière, partie immobilière, échue à l'un ou l'autre des époux pendant le mariage, l'époux héritier soit débiteur ou créancier de la succession, d'une somme plus ou moins considérable. Alors s'élève la question de savoir si cette somme doit être comptée dans l'actif ou dans le passif de la succession, pour régler la portion contributoire du mobilier et de l'immobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles.

Supposons que le mari héritier soit créancier de la succession d'une somme de 20,000 fr.

ci.	20,000 fr.
Et que les autres dettes s'élèvent à pareille somme de.	20,000
Total du passif de la succession. . . . . ci.	40,000
L'actif se compose en meubles d'une valeur de, ci.	10,000
En immeubles d'une valeur de ci.	70,000
Total de l'actif. ci.	80,000

Ainsi la valeur du mobilier, comparée à celle des immeubles, est de un à sept.

Si, pour régler la portion contributoire des meubles et des immeubles aux dettes de la succession, vous comptez les 20,000 francs dus au conjoint héritier, le total des dettes sera 40,000 fr., dont le huitième pour la portion contributoire du mobilier est 5,000 fr., et les sept huitièmes pour la portion contributoire de l'immobilier sont 35,000 fr.

Si, au contraire, vous retranchez de la masse

(1) Dalloz, vº *Communauté*, nº 242; Battur, nº 338; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 242.

(2) Dalloz, *ubi supra*, nº 248.

(3) Dalloz, nº 249; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 244.

des dettes les 20,000 fr. dus au mari, sous prétexte qu'il s'est opéré confusion dans sa personne, parce qu'il réunissait les qualités de créancier et d'héritier, qui s'excluent, les dettes restant pour 20,000 fr., la portion contributoire du mobilier, étant toujours du huitième, sera réduite à 2,500 fr., celle des immeubles à 17,500 fr.

Le mari meurt après avoir payé toutes les dettes; la veuve, dans le règlement de la communauté avec les héritiers du mari, leur demande une reprise de 35,000 francs pour pareille somme payée pendant la communauté, pour la portion contributoire dont les immeubles étaient chargés, et que le mari devait payer sur ses propres.

Les héritiers prétendent réduire cette reprise à 17,500 fr., sous le prétexte qu'en réglant la portion contributoire du mobilier et des immeubles aux dettes de la succession dont il s'agit, on ne doit plus avoir égard à la dette de 20,000 fr., qui était une créance du mari, éteinte de plein droit du moment qu'il a accepté la succession purement et simplement, et réuni ainsi dans sa personne les qualités de créancier et de débiteur, qui se détruisent réciproquement lorsqu'elles viennent à concourir dans la même personne.

Il faut répondre que la confusion ne s'opère point en totalité, lorsque tous les droits actifs et passifs d'une succession ne sont pas réunis dans une seule personne. Par exemple, lorsqu'il y a deux héritiers, dont l'un est créancier de la succession d'une somme de 20,000 fr., il ne confond dans sa personne que la moitié de la somme, c'est-à-dire 10,000 fr. Son cohéritier lui doit compte de l'autre moitié, sur la portion qu'il recueille dans la succession. *Voyez* ce que nous avons dit, tome 4 (VII, édit. fr.), nº 422.

Si le créancier ne succède au débiteur, ou le débiteur au créancier, que pour une moitié, un quart, la confusion ne s'opère que pour une moitié, pour un quart, etc. C'est un principe général qu'il faut appliquer à tous les cas de confusion, par la réunion des qualités de créancier et de débiteur; et ce principe n'est lui-même qu'une conséquence de la maxime que les droits et les obligations se divisent de plein droit.

Or, lorsque, pendant le mariage, il échoit à l'un ou à l'autre des époux une succession en partie mobilière et en partie immobilière, elle est divisée de plein droit en deux portions. Le conjoint héritier, recueillant seul les immeubles, réunit en sa personne tous les droits actifs et passifs qui en dépendent et y sont attachés par la loi. La communauté recueille seule les meubles avec tous les droits actifs et passifs qui en dépendent, et que la loi attache à l'universalité du mobilier par la disposition de l'art. 1414. Il est donc évident qu'il n'y a point en ce cas réunion sur la même tête de tous les droits actifs et passifs de la succession; par conséquent point de confusion, pas plus que si le Code avait, comme les coutumes, établi en certains cas une succession mobilière et une succession immobilière.

Pothier pense aussi, *Traité de la communauté,* nºs 262 et 263, qu'il ne s'opère point de confusion, lorsqu'il échoit aux époux une succession pendant le mariage; mais il en donne une raison différente. Il prétend qu'on doit considérer la communauté comme un cessionnaire de droits successifs, et qu'il faut lui appliquer les dispositions des lois 2, § 18, ff. *de hæred. vend.,* et 37, ff. *de peculio;* mais cette prétendue cession de droits successifs n'est qu'une fiction qu'on ne trouve point dans la loi, et il nous paraît qu'il vaut mieux résoudre la question par les principes sur la confusion, qui servent à résoudre toutes les difficultés, en les appliquant aux différents cas qui se présentent (1).

294. L'art. 1418 porte que toutes les règles établies par les art. 1411 et suivants régissent les dettes dépendantes d'une donation, comme celles résultant d'une succession.

Cet article est général, et s'applique par conséquent aux donations ou legs d'un usufruit d'immeubles, soit universel, soit à titre universel, qui ne seraient faits *qu'à l'un des époux.* Ce don ou legs est immobilier (art. 526), et n'entre point en communauté (art. 1405). Cependant, les jouissances y tomberont pendant qu'elle durera. Néanmoins, les dettes dont cet usufruit sera grevé en vertu de l'opération prescrite par l'art. 612 ne seront point à la charge de la communauté, à laquelle il en sera dû récompense, si elles sont payées durant le mariage.

295. L'art. 1420 porte que « toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est à la charge de la communauté, et le créancier n'en peut poursuivre le payement, ni contre la femme, ni sur ses biens personnels. »

C'est un principe commun à tous les mandataires, qu'il était peut-être inutile de répéter ici. Il s'applique, comme nous l'avons vu *supra,* nº 273, à ce que fait la femme, en vertu d'un mandat tacite de son mari (2).

296. Les autres charges de la communauté

---

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 243; Pothier, nºs 262, 263; Battur, *ubi supra.*

(2) Une procuration générale donnée par un mari à sa femme pour agir et s'obliger en son nom, et renfermant de plus une autorisation pour qu'elle-même puisse s'obliger, ne serait jamais qu'une autorisation générale valable simplement, quant à l'administration des biens de la femme, et qui serait insuffisante pour l'autoriser à

légale dont nous n'avons point parlé sont, suivant l'art. 1409, « les réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté. » Nous en avons parlé tome 2 (III, éd. fr.), auquel nous renvoyons le lecteur (1).

297. Le même article, nº 5, met à la charge de la communauté légale « les aliments des époux, l'éducation et entretien des enfants, et toute autre charge du mariage. »

298. Quand l'art. 1409 parle de l'éducation et entretien des enfants, il entend parler des enfants communs. Quant aux enfants d'un précédent mariage, la communauté n'est point chargée des frais de leur entretien et éducation; ils doivent être pris sur leurs revenus, s'ils en ont de suffisants; mais s'ils n'en ont pas, ces frais sont une dette naturelle de leur père ou de leur mère, dont est chargée la communauté dans laquelle entrent les dettes de chacun des conjoints.

299. Il en est de même des aliments que les époux doivent à leurs père et mère et autres ascendants, beau-père et belle-mère, aux termes des art. 205 et 206.

300. On comprend aussi parmi les charges de la communauté les frais de l'inventaire qu'on fait, après sa dissolution, des effets dont elle est composée, et des titres qui en dépendent, les frais de liquidation, les reprises que les conjoints ou leurs héritiers ont à exercer sur la communauté, ou des récompenses qu'ils lui doivent; enfin, les frais de partage et ceux qu'il faut faire pour y parvenir, tels que l'estimation des biens. (Pothier, nº 274.)

301. Il en est autrement des frais funéraires du prédécédé, qui sont à la charge de ses héritiers, à la différence des frais de dernière maladie, qui sont une dette de la communauté.

SECTION II.

De l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre des époux, relativement à la société conjugale.

SOMMAIRE.

302. Après avoir expliqué dans la première section ce qui compose la communauté, activement et passivement, le Code passe, dans cette seconde section, à la manière dont elle doit être administrée, et à l'effet que doivent produire les actes de l'un et de l'autre des époux, relativement à la société conjugale.

Et comme, en entrant dans cette société, la femme perd l'administration de ses biens propres et personnels, dont tous les fruits et revenus tombent dans la communauté, dont le mari est seul administrateur et maître, le Code traite encore, dans cette section, de la puissance du mari sur les biens personnels de la femme, et de l'administration de ces biens.

Ainsi, cette seconde section se divise naturellement en deux parties: la première, de l'administration de la communauté; la seconde, de la puissance du mari sur les biens personnels de la femme, et de leur administration.

PREMIÈRE PARTIE.

De l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre des époux, relativement à la société conjugale.

SOMMAIRE.

---

s'obliger personnellement et hypothécairement par acte d'emprunt.

La nullité de l'obligation ne serait pas couverte du chef de ratification tacite, par cela que le créancier prêteur serait intervenu à des poursuites d'ordre pour la distribution du prix des biens propres à la femme, et y aurait, quoique non colloqué, touché les frais de production sur le prix de vente, s'il n'est pas établi que les époux auraient paru et contredit auxdits ordres, et auraient eu connaissance que les frais de la production faite au nom du créancier lui auraient été payés. (Brux., 18 janv. 1843; *Jur. de Belg.*, 1843, 69.)

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nº 255.

303. Nous avons vu *supra*, n° 35, que dans les principes de nos anciennes coutumes françaises, le mari était pendant sa vie seul propriétaire des biens de la communauté; qu'il pouvait en disposer *à son plaisir et volonté*, les aliéner, les hypothéquer, sans le concours de sa femme; les donner, les perdre même, sans en devoir compte à personne; en un mot, qu'il avait, dans toute sa plénitude, le droit d'user et d'abuser, qui constitue essentiellement la propriété. Aussi, les rédacteurs des coutumes, pour caractériser *les droits du mari* sur les biens de la communauté, se gardèrent bien de dire qu'il en avait *l'administration;* terme équivoque, qui ne répondait point à l'étendue de ses droits : ils prononcèrent nettement qu'il en était le seigneur, c'est-à-dire le propriétaire, *le vrai seigneur;* et comme s'ils avaient craint qu'on ne prît pas cette expression dans sa signification naturelle et énergique, ils ajoutèrent : « En telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition entre-vifs à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa femme. »

Le Code a modifié ce pouvoir excessif du mari. On serait même tenté d'abord de penser qu'il l'a dépouillé de sa qualité de propriétaire, pour le réduire à la qualité d'administrateur. « Le mari, dit l'art. 1421, *administre* seul les biens de la communauté. » Mais ce mot a plusieurs acceptions. On peut administrer des biens qui ne nous appartiennent pas; c'est ainsi qu'on dit que le tuteur administre les biens de son pupille; le père, durant le mariage, les biens de ses enfants mineurs (art. 389); le mari, les biens personnels de son épouse. (Art. 1428.)

On peut aussi administrer des biens ou des droits qui nous appartiennent en partie, comme des biens indivis entre plusieurs personnes, une entreprise, une société dans laquelle on est intéressé. Enfin, on peut administrer ses propres biens, ses propres affaires : on est alors administrateur *rei suæ*. C'est ainsi qu'on dit d'un homme qu'il administre lui-même ses affaires, ses propres biens, pour dire qu'il n'en confie l'administration à personne.

On ne peut donc tirer des termes de l'article 1421 aucune induction contre le mari, pour en conclure qu'il n'est pas propriétaire des biens de la communauté.

D'ailleurs, immédiatement après la disposition qui dit que le mari administre seul les biens

de la communauté. cet article en ajoute une autre qui l'explique et dit : « Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer, sans le concours de sa femme, » et, par conséquent, sans lui en devoir aucun compte. Or on ne vend pas, on n'aliène pas les choses dont on n'a que l'administration : le mari a donc des pouvoirs plus étendus que ceux d'un administrateur, et puisqu'il peut vendre, aliéner, c'est-à-dire transférer à autrui la propriété, il est propriétaire; car on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même. (Art. 2125, 2182.)

Sur la tête de qui, d'ailleurs, reposerait la propriété des biens de la communauté? Ce ne peut être sur la tête de la femme, qui n'y a qu'un droit éventuel et conditionnel; en un mot, la simple espérance d'un droit. Ce ne peut être non plus sur la tête de ce fantôme d'être moral qu'ont imaginé de placer comme une tierce personne, entre les deux époux, quelques auteurs dont nous avons réfuté la doctrine, *supra*, n° 82, et qui d'ailleurs ne donnent qu'un usufruit à leur prétendu être moral.

Quant à la propriété des biens de la communauté, Delvincourt (1), l'un de ceux qui regardent comme un usufruit légal le droit de la communauté sur les fruits et revenus des biens personnels des époux, dit positivement que le mari *est censé propriétaire, à l'égard des tiers*, des biens de la communauté.

Mais si le mari est censé propriétaire des biens de la communauté à l'égard des tiers, il l'est, à plus forte raison, à l'égard de la femme, qui est en sa puissance, et à laquelle il ne doit aucun compte de ce qu'il a fait de ces biens sans la consulter.

Disons donc que, sous l'empire du Code, le mari est encore propriétaire des biens dits de la communauté, quoique sa propriété soit beaucoup plus limitée que sous l'empire des coutumes, ainsi que nous le verrons bientôt. Et comme il ne doit compte à personne ni des aliénations qu'il fait, ni des motifs qui l'ont porté à les faire, ni de l'emploi des sommes qui en sont provenues, les principes établis par Pothier, n° 470 du *Traité de la communauté*, sont encore aujourd'hui dans toute leur force.

« Le mari peut, à son gré, perdre les biens de la communauté sans en être comptable; il peut laisser périr, par la prescription, les droits qui dépendent de la communauté, dégrader les héritages, briser les meubles, tuer par brutalité ses chevaux et autres animaux dépendants de la communauté, sans être comptable à la femme de toutes ces choses (2).

504. Ces actes caractérisent clairement le droit d'user et d'abuser, en quoi consiste la propriété. On ne peut donc définir avec justesse le droit du mari sur les biens dits de la communauté, qu'en disant que c'est un droit de propriété, non pas plein et entier, mais modifié par les dispositions du Code. De là découle un principe qui peut servir à résoudre des doutes : c'est que tout ce qui ne lui est pas défendu par le Code lui est permis en vertu de son droit de propriété. C'est de ce droit que viennent tous ses pouvoirs, et non d'un mandat tacite ou présumé de la femme, comme l'avait imaginé Pothier, dont nous avons réfuté la doctrine sur ce point, *supra*, nos 219 et 226.

505. C'est pour n'avoir pas bien connu la nature du droit du mari sur les biens de la communauté, et trompés par l'équivoque de ce mot *biens de la communauté*, que quelques bons esprits avaient d'abord douté que l'hypothèque légale de la femme s'étendît sur ces biens; mais le doute est aujourd'hui dissipé par différents arrêts des cours royales et de la cour suprême, qui ont fixé la jurisprudence (3). On s'imaginait mal à propos que cette hypothèque paralyserait le droit que donne au mari l'article 1421, de vendre les conquêts sans le concours de la femme, comme si la même hypothèque paralysait le droit qu'il a de vendre ses propres, qui sont affectés par la loi à l'hypothèque légale de la femme. Cette hypothèque sur les conquêts existait dans l'ancien droit (4), et l'on n'y voyait point d'inconvénient : le mari pouvait vendre ses conquêts comme ses propres, à la charge de l'hypothèque existant sur iceux.

506. Le pouvoir d'aliéner les biens de la communauté, donné au mari par la loi, s'étend à tous ces biens, de quelque manière qu'ils y soient entrés, soit qu'ils aient été acquis par le mari seul, soit que la femme ait été partie au contrat, où son intervention n'était pas nécessaire (5), soit même qu'elle les ait acquis seule sans le concours de son mari, des produits de son industrie et du commerce qu'il lui permettait de faire, soit enfin que ce soient des anciens propres de la femme par elle ameublis en se mariant. L'effet de cet ameublissement est de rendre les immeubles qui en sont frappés biens de la communauté, comme les meubles

---

(1) Page 17 du tome 3 de l'édition de 1819 : « Le mari est seul chef et libre administrateur de la communauté, tant qu'elle dure; il en est même, comme nous l'avons dit, *censé propriétaire à l'égard des tiers*. »

(2) Pothier, n° 470, Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 265.

(3) *Voy.* Persil, *du Régime hypothécaire*, sur l'article 2121, n° 10. Grenier, *Traité des hypothèques*.

(4) *Voy.* Bacquet, *des Droits de justice*, chap. 15, n° 42; Renusson, *Traité de la communauté*, 2e part., chap. 3, nos 47 et suivants; Rousseau de Lacombe, v° *Hypothèque;* Camus, sur l'art. 225 de la coutume de Paris, n° 607.

(5) *Voy.* Valin, sur l'art. 22 de la coutume de la Rochelle, nos 28 et suiv.; Pothier, *Traité de la communauté*, n° 468.

mêmes. Lorsque les meubles ou les immeubles de la femme, dit l'art. 1507, sont ameublis en totalité, le mari en peut disposer, comme des autres effets de la communauté.

307. La propriété des biens dits de la communauté, et le pouvoir de les aliéner en conséquence, est, comme nous le verrons bientôt, modifié par différentes dispositions du Code; mais peut-il l'être par les conventions matrimoniales? Pourrait-on, par exemple, stipuler valablement dans un contrat de mariage que le mari ne pourra vendre les conquêts sans le consentement de sa femme, ou qu'il n'aura pas l'administration des biens de la communauté? Commençons par ce dernier point.

Nous avons dit, *supra*, n° 13, que l'art. 1388 défend toute stipulation qui aurait pour objet ou dont l'effet serait de changer de main le sceptre du ménage, ou de rendre indépendante la femme que la nature et les lois divines et humaines ont mise sous la dépendance du mari, et qu'on ne pourrait stipuler qu'elle aura l'administration des biens de la communauté ni de ceux de son mari. Cependant, comme la femme peut être procuratrice (art. 1990), le mari peut sans doute lui donner une procuration pour administrer les biens de la communauté; mais cette procuration suppose que le droit d'administration n'appartient qu'au mari, puisque c'est de lui qu'elle reçoit le pouvoir de l'exercer en son nom et comme son mandataire. La procuration est donc toujours révocable, suivant la nature de tous les mandats; et cela quand même le pouvoir d'administrer les biens de la communauté serait donné par une des clauses du contrat de mariage. Cette clause ne dispenserait même pas la femme de demander et d'obtenir l'autorisation du mari, pour ester en jugement ou pour contracter; « car toute autorisation » générale, même stipulée par le contrat de » mariage, n'est valable que quant à l'adminis- » tration des biens de la femme. » (Art. 223.)

Il paraît donc que la procuration générale d'administrer les biens de la communauté ne pourrait être donnée à la femme par le contrat de mariage, et qu'elle ne serait valide que pour l'administration de ses biens personnels. Et pourquoi serait-elle valide pour ses biens? C'est qu'on pourrait non-seulement lui en conserver l'administration, mais encore les exclure de la communauté par une séparation de biens, dont l'effet serait de conserver à la femme l'administration de ses biens meubles et immeubles, et la libre jouissance de ses revenus, dit l'article 1536.

L'administration des biens de la communauté paraît donc ne pouvoir être donnée valablement à la femme que par une procuration postérieure au mariage, comme quand le mari s'absente pour un voyage de long cours, ou lorsque, par des raisons particulières, il veut se dégager du soin de cette administration en faveur d'une femme qui mérite sa confiance, pour se livrer lui-même entièrement et sans distraction à l'étude, par exemple, ou à des affaires d'un genre plus élevé (1).

308. Mais le droit d'administrer les biens de la communauté est par nos lois tellement propre au mari, que si l'exercice peut en être confié momentanément à la femme par une procuration, le droit en lui-même ne peut être détaché de sa personne, ni passer à la femme en aucun cas, quoiqu'il se trouve accidentellement réduit à l'impuissance de l'exercer personnellement; par exemple, s'il est interdit, frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, ou enfin s'il est absent.

L'interdiction n'opère pas la dissolution de la communauté, mais elle nécessite la nomination d'un tuteur à l'interdit; car la femme n'est pas tutrice de droit de son mari, comme celui-ci l'est de sa femme interdite (art. 506). Elle peut seulement être nommée tutrice par le conseil de famille (art. 507), qui doit aussi lui nommer un subrogé tuteur. Mais sa qualité même de tutrice ne lui donne pas le droit d'administrer librement les biens de la communauté. Le conseil de famille doit en ce cas régler *la forme et les conditions de l'administration*, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille. » (Art. 507.)

La femme est en ce cas obligée de faire faire, contradictoirement avec le subrogé tuteur, un inventaire des biens de la communauté, comme dans le cas d'absence déclarée du mari, lorsque sa femme opte pour la continuation de la communauté; mais elle n'est point, en qualité de tutrice, obligée de donner caution, comme dans le cas de l'absence. La loi n'y assujettit point les tuteurs (2).

Et comme elle n'est pas dégagée des liens de la puissance maritale, dont l'exercice n'est que suspendu par l'interdiction du mari, s'il survient des affaires excédant les bornes de l'administration, et pour lesquelles elle ait besoin d'autorisation, elle doit pour l'obtenir s'adresser à la justice. « Si le mari, dit l'article 222, est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. »

Ainsi, dans le cas d'interdiction du mari,

---

(1) Dalloz, v° *Communauté*, n° 258; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 268.

(2) Mais le conseil de famille, qui règle la forme et les conditions de l'administration, pourrait, ce semble, assujettir la femme à faire administrer, surtout les biens éloignés, par un régisseur salarié, qui donnerait caution.

même lorsque la femme est nommée tutrice, le droit d'administrer les biens de la communauté ne lui est pas dévolu ; le libre exercice de ce droit ne l'est même pas, puisque le conseil de famille doit en régler la forme et les conditions (1).

A plus forte raison, lorsqu'elle n'est pas nommée tutrice, le droit d'administration ni l'exercice de ce droit ne lui sont pas dévolus. L'exercice de ce droit appartient au tuteur nommé, puisque, par l'art. 509, l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens, et que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits. La femme doit donc en ce cas prendre des arrangements avec le tuteur, bien entendu sauf le recours aux tribunaux, dans le cas où les arrangements que lui propose le tuteur ne seraient pas raisonnables.

Mais la surveillance, éducation et établissement des enfants, appartiennent toujours à la femme, quoiqu'elle ne soit pas nommée tutrice, car ces droits lui appartiennent en qualité de mère, lorsque le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. (Art. 141 et 149.) Ce n'est que pour régler la dot ou l'avancement d'hoirie et les conventions matrimoniales, qu'elle est obligée de consulter le conseil de famille. (Art. 511.)

Il paraît même que si les enfants avaient des biens personnels, dont le père interdit avait l'administration, aux termes de l'art. 389, cette administration passe de plein droit à la femme, quoiqu'elle ne soit pas tutrice de son mari ; car le tuteur du mari interdit n'est pas tuteur de ses enfants, c'est la mère qui est tutrice de droit. (Art. 390.) Aussi l'administration des biens personnels de ses enfants lui est donnée, pendant l'absence du père, par l'art. 141.

Si le mari est frappé, même par contumace, d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, l'administration des biens de la communauté n'est point encore dévolue à la femme. (Art. 221.) S'il est contumax, tous les biens sont séquestrés ; et pendant le séquestre, il peut seulement être accordé des secours à la femme et aux enfants. (Art. 475 du code d'instruction criminelle.)

S'il a été condamné contradictoirement, et qu'il subisse sa peine, il est pendant sa durée en état d'interdiction légale, et l'on doit lui nommer un curateur pour gérer et administrer ses biens. On peut seulement prélever les sommes nécessaires pour fournir des aliments à la femme et aux enfants. *Voy.* ce que nous avons dit tome 1, n° 293.

Enfin si le mari est absent, et l'absence déclarée, la femme a l'option de dissoudre ou de continuer la communauté. Si elle la continue, l'art. 124 lui donne le droit de prendre l'administration des biens de son mari, et d'empêcher les héritiers de s'en faire envoyer en possession. Elle se met à leur place ; elle administre pour son mari et comme sa mandataire légale ; elle continue à n'avoir qu'un droit éventuel à la communauté, à laquelle elle peut dans la suite renoncer, quoiqu'elle l'ait administrée, et elle doit faire inventaire des biens confiés à son administration, dont elle rendra compte un jour, soit au mari, s'il revient, soit aux héritiers de ce dernier, s'il ne reparaît pas. Ainsi, dans le cas même d'absence du mari, le droit d'administrer la communauté reste toujours attaché à la personne du mari, quoique l'exercice en soit suspendu et confié provisoirement et par accident à la femme. En un mot, le droit d'administration est tellement attaché à la personne du mari, qu'il ne pourrait y renoncer par les conventions matrimoniales sans cesser d'être chef de la communauté, et rendre la femme indépendante (2).

309. Mais en est-il de même du droit de vendre les conquêts de communauté, sans le consentement de sa femme ? Le mari peut-il y renoncer valablement par contrat de mariage (3) ?

L'art. 1388 dit que les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale, *sur la personne de la femme...*, ni aux dispositions prohibitives du Code ; mais cette prohibition de déroger aux droits de la puissance maritale, spécialement limitée aux droits *sur la personne de la femme* et des enfants, prouve qu'il n'est pas défendu de déroger aux droits de la puissance *sur les biens* de l'association conjugale. C'est une conséquence nécessaire de la disposition de l'art. 1387, qui porte : « La loi ne régit l'association conjugale, *quant aux biens*, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire *comme ils le jugent à propos*, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et en outre sous les modifications qui suivent, » dans l'art. 1388.

Donc les conventions dérogatoires aux dispositions de la loi *sur les biens* de l'association conjugale sont valables, puisque les dispositions auxquelles on déroge n'ont de force qu'à défaut de conventions spéciales contraires. C'est une conséquence du principe qu'on peut modifier la communauté par toute espèce de conventions non contraires aux mœurs. (Art. 1497.)

(1) *Voy.* sur cela deux arrêts, l'un de la cour de cassation, du 27 novembre 1816, l'autre de la cour d'Orléans, du 9 août 1817.

(2) Dalloz, v° *Communauté*, n°s 261, 262, 263, 264 ; Duranton, Bellot et Battur, *ubi supra*.

(3) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 268, et Battur, t. 2, p. 549, regardent cette clause comme étant valable dans tous les cas.

Mais quant aux droits sur la personne de la femme et des enfants, jamais on n'y peut déroger. Pourquoi? Parce qu'ils tiennent à l'ordre public, et qu'on ne peut jamais renoncer aux droits dont l'établissement a pour objet l'intérêt public : *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* (L. 38, ff. *de pactis,* 2, 14.)

Les conventions relatives aux biens, au contraire, n'intéressent en rien l'ordre public, et pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux bonnes mœurs, ni à quelque disposition prohibitive du Code, elles doivent être observées et tenir lieu de loi à ceux qui les ont faites. (Art. 1134.)

Voyons maintenant si la renonciation du mari au pouvoir d'aliéner les conquêts sans le consentement de la femme intéresse l'ordre public directement ou indirectement. La négative paraît évidente, puisque le mari n'en conserve pas moins tous ses droits sur la personne de sa femme et de ses enfants. La femme n'en est pas moins soumise à sa puissance, moins dépendante de lui.

Mais, dit-on, c'est comme chef que le mari a le droit de vendre les biens de la communauté. Or l'art. 1388 défend de déroger aux droits qui appartiennent au mari *comme chef.*

Oui, sans doute, aux droits *sur la personne* de sa femme et de ses enfants, mais non pas aux droits qui lui appartiennent comme chef *sur les biens;* autrement, cet article serait en contradiction avec le précédent, qui dit qu'on peut faire toutes les conventions qu'on juge à propos, quant aux biens de l'association conjugale, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux bonnes mœurs. Tous les droits du mari sur les biens lui appartiennent comme chef; c'est en cette qualité qu'il a le droit d'administrer tous les biens personnels de la femme, et cependant nous avons vu qu'il peut y renoncer. S'il ne peut renoncer à l'administration des biens de la communauté, c'est parce que ce droit touche à l'ordre public, et tendrait à rendre la femme indépendante; le mari cesserait d'être chef de la communauté, s'il n'avait pas l'administration des biens qui la composent, et si cette administration appartenait à la femme qu'elle rendrait indépendante; mais il n'en est pas moins chef du ménage, quoiqu'il ne puisse aliéner les conquêts; il reste le maître d'en faire ou de n'en pas faire, de les administrer, de les engager, et la femme n'y a pas plus de droits que sur les autres effets de la communauté.

D'un autre côté, si la renonciation du mari au droit de vendre les conquêts n'a rien de contraire à l'ordre public, il n'en est pas moins évident qu'elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs. Plusieurs coutumes voisines lui refusaient même ce droit, telles que le Statut de Cologne, qui prononçait la nullité des ventes de conquêts faites par le mari seul sans le concours de sa femme. La cour de Liége jugea même, le 25 janvier 1808, que cette nullité était encore applicable aux acquêts faits avant la promulgation du Code civil par des époux mariés sous ce statut.

En France, la coutume de Saintonge, titre 8, art. 68, exceptait de la faculté qu'elle donnait au mari de disposer seul des meubles et conquêts ceux qui avaient été faits par le mari et la femme *contractant ensemble.* On n'a donc jamais regardé comme contraires aux bonnes mœurs les modifications du pouvoir accordé au mari de vendre, sans le concours de la femme, les conquêts de communauté, et nous pouvons conclure qu'on peut, par les conventions matrimoniales, le modifier, ainsi que tout autre point de la puissance maritale, *quant aux biens,* et tout ce qui ne toucherait directement ni indirectement aux bonnes mœurs, ni aux droits du mari sur la personne de la femme et des enfants. Voyons maintenant comment le Code a modifié le pouvoir du mari (1).

310. Nous avons dit que, sous l'empire du Code, le mari était, comme autrefois, seul propriétaire des biens dits de la communauté, mais que sa propriété était plus limitée que sous l'empire des coutumes. « Il peut encore les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme (2). » (Art. 1421.)

Mais, dit l'art. 1422, « il ne peut disposer entre-vifs, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs (3). »

Les coutumes lui permettaient indéfiniment de disposer entre-vifs à titre gratuit, pourvu que ce fût en faveur de personnes capables *et sans fraude,* c'est-à-dire en fraude de la part que la femme ou ses héritiers doivent avoir aux biens de la communauté. La prohibition absolue d'aliéner à titre gratuit aucune partie des

(1) Dalloz, *ubi supra,* n° 265; Battur, n° 549.

(2) Lorsqu'une rente viagère a été constituée au profit de deux époux, de telle sorte qu'au décès de l'un d'eux le survivant doit en jouir pour le tout, le mari ne peut pendant le mariage, en sa qualité de chef de la communauté, renoncer valablement pour sa femme, sans l'intervention de celle-ci, à l'hypothèque donnée pour sûreté de cette rente. (Brux., 15 janv. 1829; *J. de Belg.,* 1829, p. 78.)

(3) L'acte par lequel un mari donne à ses enfants d'un premier lit tout le mobilier décrit dans un état estimatif, là où il paraît qu'il n'en possédait point d'autre, contient une donation de l'universalité du mobilier, prohibée par l'art. 1422 du Code civil. (Gand, 24 mars 1836; *J. de Belg.,* 1836, p. 312.)

conquêts immeubles rendra rares les questions de fraude agitées par les auteurs qui ont écrit sur les coutumes. Cependant il en pourra naître encore à l'égard des donations déguisées sous la forme d'un contrat de vente, et ces questions seront toujours épineuses; car il faut prouver la fraude, et la preuve en est toujours difficile. Nous avons parlé ailleurs de cette preuve, qui peut se faire même par de simples présomptions non établies par la loi, et abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. Si, par exemple, un père donnait, sous la forme d'un contrat de vente, un immeuble de sa seconde communauté à un enfant du premier lit, la vente pourrait être attaquée, sans doute, mais la qualité de l'acquéreur ne suffirait pas pour faire présumer la fraude et le déguisement du contrat, si d'autres circonstances ne s'y joignaient.

La seconde disposition de l'art. 1422 porte que le mari « peut néanmoins disposer des » effets mobiliers à titre gratuit et particulier, » au profit de toutes personnes, pourvu qu'il » ne s'en réserve pas l'usufruit. »

311. Cette disposition, combinée avec la première, peut fournir un moyen facile de l'éluder et faire naître bien des questions. Quels sont le but et l'esprit de ces dispositions? Ce sont sans doute des limites qu'on a voulu poser à la faculté de disposer du mari, pour l'empêcher d'épuiser la communauté en libéralités excessives au préjudice de la femme, ainsi que l'ont annoncé les orateurs du gouvernement et des chambres. Mais a-t-on par là atteint le but qu'on se proposait? Le mari ne reste-t-il pas toujours le maître d'épuiser en libéralités tous les meubles de la communauté, et même les immeubles? On lui laisse la faculté de disposer *des effets mobiliers* à titre particulier, au profit de toutes personnes : il peut donc incontestablement donner des sommes d'argent : car l'expression d'*effets mobiliers* comprend généralement tout ce qui est censé meuble, dit l'art. 535. Or, en donnant une somme d'argent supérieure à la valeur du mobilier, le mari pourra donner plus, non-seulement que l'universalité du mobilier, mais même que la valeur des immeubles; car remarquez que l'art. 1422 ne fixe point la quotité du mobilier dont le mari peut disposer; il lui défend seulement d'en donner par forme de quotité : en sorte que le mari, qui ne peut, par forme de quotité, donner la dixième partie d'un mobilier valant par exemple 10,000 fr., peut donner une somme de 10,000 fr., et même au delà, sans que le don puisse être critiqué, comme contraire à l'art. 1422; et comme la donation entre-vifs est valable et parfaite par l'acceptation, sans qu'il soit besoin d'autre tradition (art. 938), le donataire pourrait poursuivre l'exécution de sa donation, après la mort du mari, contre la veuve qui, trouvant la communauté épuisée, serait forcée d'y renoncer.

L'art. 1422 et le précédent furent adoptés sans discussion, et l'on ne s'aperçut pas du vice de leurs dispositions. Au reste, tandis qu'on laissera au mari le pouvoir de vendre, et surtout celui d'hypothéquer, qu'on ne peut, sans dénaturer notre système de communauté, lui ôter comme chef, toute prohibition de disposer à titre gratuit, soit des meubles, soit des immeubles de la communauté, sera toujours illusoire (1).

312. La défense faite au mari de se réserver l'usufruit des meubles dont l'art. 1422 lui permet de disposer à titre particulier, est conforme à l'opinion de Lebrun. Cependant Pothier, n° 480, n'était point de la même opinion, et donnait de la sienne des raisons assez fortes; mais les rédacteurs du Code, d'ailleurs si attachés aux décisions de ce grand jurisconsulte, ont pensé que cette disposition pourrait détourner le mari de faire des libéralités, et qu'il se porterait plus difficilement à donner des objets dont il ne pourrait se réserver l'usufruit.

La donation d'effets mobiliers, avec réserve d'usufruit, n'étant pas un don manuel, nécessiterait un acte de donation et un état estimatif des effets annexés à l'acte. (Art. 948.) Mais avec toutes ces formalités, elle n'en serait pas moins nulle à l'égard de la femme, sans que les héritiers du mari pussent faire valoir cette nullité à leur profit contre le donataire, si le don n'excédait pas la portion disponible. Voyez *infra*, n° 314.

313. L'art. 1423 porte : « La donation testa- » mentaire faite par le mari ne peut excéder » sa part dans la communauté. »

Cette disposition est conforme à celle de nos anciennes coutumes (2). Elle est une conséquence du principe qui donne à la femme un droit éventuel ou conditionnel à tous les biens de la communauté. Ce droit s'ouvre et devient actuel au moment de la mort du mari, qui n'est plus en cet instant propriétaire que d'une moitié; et comme les dispositions testamentaires n'ont d'effet qu'à la mort du testateur, il s'ensuit que le mari ne peut disposer que de cette moitié qui lui appartient à l'instant de la mort.

Mais si le mari avait légué un effet particulier de la communauté, une maison, un pré, un cheval, etc., on élevait, pour le cas où la communauté avait été acceptée, des questions fort subtiles, pour savoir s'il avait voulu léguer la totalité ou seulement sa moitié dans cet effet. On distinguait différents cas qu'on peut voir dans Pothier, n° 476.

La seconde disposition de notre art. 1423 a tranché toutes ces questions d'une manière

(1) Dalloz, *ubi supra*, n° 277.

(2) *Voy.* Pothier, *Traité de la communauté*, n° 475.

très-simple et très-raisonnable. « S'il (le mari) a donné en cette forme un effet de la communauté, le donataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe au lot des héritiers du mari ; si l'effet ne tombe point au lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné sur la part des héritiers du mari dans la communauté, et sur les biens personnels de ce dernier. »

Si la communauté était répudiée, il en résulterait que jamais elle n'a existé qu'en espérance, car pendant la vie du mari, la femme *non est socia, sed speratur fore.* Le mari n'aurait donc disposé que d'un effet qui lui appartenait en entier, et qui n'avait jamais cessé de lui appartenir (1).

314. Si, nonobstant la disposition de l'article 1422, le mari avait donné entre-vifs un immeuble conquêt de communauté, l'effet de la donation dépendrait également de la répudiation ou de l'acceptation de la communauté. Si elle était répudiée, comme elle n'aurait jamais existé, la donation serait à l'abri de toute critique fondée sur la disposition de l'art. 1422, auquel il n'y aurait point eu de contravention.

Si la communauté était acceptée, au contraire, il est évident que la donation ne saurait préjudicier à la femme, qui pourrait demander que les biens y compris fussent réunis aux autres biens de la communauté, pour être partagés par moitié.

Le donataire pourrait-il s'en défendre, en soutenant que la donation est valide au moins pour une moitié, et en offrant à la femme de partager l'immeuble, s'il pouvait l'être commodément, ou, dans le cas contraire, de le liciter, pour en partager le prix? Il paraît qu'il faut distinguer : si l'immeuble est le seul existant dans la communauté, la femme a le droit de le partager et de le faire liciter ; ce droit ne peut souffrir aucun doute.

Mais comme il faut, aux termes de l'article 1476, appliquer aux partages des communautés « toutes les règles qui sont établies au titre *des Successions,* pour les partages entre cohéritiers, « et que, suivant l'art. 826, chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession, » il paraît que le donataire, qui est l'ayant cause du mari, quant aux immeubles de la communauté, peut demander que l'immeuble soit partagé séparément, sans que la femme puisse exiger qu'il soit partagé confusément avec les meubles de la communauté. Le donataire ne perdrait alors que la moitié des immeubles compris dans la donation. La question de savoir si, pour l'éviction de l'autre moitié, il aurait un recours en garantie contre les héritiers du mari donateur, n'est pas de ce lieu.

S'il reste dans la communauté d'autres immeubles que ceux compris dans la donation, la femme peut exiger, et le donataire ne peut empêcher qu'ils ne soient tous confondus pour être partagés confusément ; mais alors, si les immeubles donnés tombent au lot du mari ou de ses héritiers, le donataire les reprendra sans qu'on puisse lui opposer l'incapacité du mari donateur ; car cette incapacité n'est relative qu'aux intérêts de la femme, et non point à ceux du mari, qui ne peut, non plus que ses héritiers, alléguer qu'il est contrevenu à l'article 1422, en donnant des immeubles de la communauté (2).

315. Delvincourt, tome 3, page 261, avoue que le mari *ne peut se faire un titre de sa propre contravention,* pour attaquer la donation, quand la femme a renoncé à la communauté ; mais quand, après l'acceptation de la femme, les immeubles donnés ont été partagés avec ceux qui restaient dans la communauté, il pense que s'ils sont tombés dans le lot du mari, le donataire ne peut pas les y reprendre, parce que, dit-il, « il y a contravention à la loi, tant de la part du *donateur* que du *donataire;* par conséquent l'on doit appliquer la disposition de la loi 8, ff. *de condict. ob turpem causam :* c'est-à-dire que si le donataire est en possession, le donateur ne peut le forcer à restituer, mais que réciproquement, s'il n'y est pas, il ne peut rien demander au donateur, *quia in pari causa, melior est conditio possidentis.* Donc, quand les objets ont été une fois réunis dans la masse pour la liquidation et le partage, les donataires n'ont pas le droit d'en exiger la restitution. »

Les réponses se présentent en foule. D'abord, il est faux qu'il y ait contravention à la loi, tant de la part du donateur que du *donataire.* Ce dernier peut avoir ignoré que les objets donnés dépendissent de la communauté conjugale du donateur. Et quand il ne l'eût pas ignoré, en quoi est-il contrevenu à la loi? L'art. 1422 dit bien que le mari ne peut donner entre-vifs les immeubles de la communauté ; ce qui forme contre le mari une incapacité de donner au préjudice de la femme. Mais où est l'incapacité de recevoir prononcée contre le donataire? « Toutes personnes peuvent.... recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, *excepté celles que la loi en déclare incapables,* » dit l'article 902.

Un prêtre qui accepte une donation de sa pénitente contrevient à la loi. Il en est de même d'un médecin qui accepte une donation d'un

---

(1) Dalloz, *ubi supra,* n° 280 ; Pothier, n° 476 ; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 281.

(2) Delvincourt, t. 3, p. 261 ; Bellot, t. 1, p. 419 ; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 275 ; Dalloz, v° *Communauté,* n° 275.

mourant qu'il traite. Mais on ne peut imaginer aucune contravention à la loi de la part de celui qui reçoit une donation qu'aucune loi ne lui défend de recevoir. Il n'importe qu'il sût ou non qu'il était défendu au donateur de disposer de l'immeuble qu'il a reçu de lui, dans le cas où sa femme accepterait ou non la communauté; il en résulte seulement qu'il s'est, sans le savoir ou sciemment, exposé à se voir évincé des objets donnés, en tout ou en partie. Ainsi, nulle contravention à la loi de la part de celui qui reçoit un immeuble dépendant de la communauté conjugale éventuelle du donateur. Dès lors cesse toute application à notre espèce, dans le sens même de Delvincourt, de la loi qu'il cite, et qui ne parle que du cas *ubi dantis et accipientis turpis causa sit.* D'ailleurs, comment ce célèbre professeur peut-il comparer à une cause honteuse, *turpis causa,* l'action d'un mari qui donne un immeuble dont il est censé *propriétaire à l'égard des tiers,* comme il le dit positivement (1), et celle du donataire qui accepte cet immeuble. auquel la femme n'a aucun droit actuel, et n'en aura peut-être jamais? On peut certainement donner et accepter sans honte un immeuble dont on peut être un jour évincé par l'événement d'une condition. Ainsi nulle application raisonnable de la loi 8, ff. *de condict. ob turpem causam* (2).

316. L'art. 1422 excepte de la défense de disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté les donations faites par le mari aux *enfants communs;* et l'art. 1439, qui est le développement de cette exception, porte: « La dot (3) constituée par le mari seul à l'enfant commun, *en effets de la communauté,* est *à la charge de la communauté;* et dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'ait déclaré *expressément* qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié. »

Mais remarquez bien que pour charger la communauté de la dot constituée par le mari seul, l'art. 1439 exige qu'elle le soit *en effets de la communauté.* S'il avait donné pour cette dot des biens qui lui étaient propres et personnels, la dot ne serait plus une charge de communauté, elle demeurerait à son compte personnel. Il n'aurait point récompense, sur le bien de la communauté, de ses biens propres qu'il a donnés en dot à l'enfant commun. En donnant de ses biens propres, il a suffisamment manifesté la volonté de ne faire contribuer directement ni indirectement sa femme à la dotation. Il peut même, en dotant seul en effets de la communauté, déclarer *expressément* qu'il s'en charge pour le tout ou pour une portion plus forte que la moitié, dit l'art. 1439.

Cet article est, au reste, conforme à l'article 422 de notre coutume de Bretagne, qui porte: « Le père peut faire assiette du mariage de ses filles (4), en ses conquêts, sans le consentement de sa femme, et sans qu'elle en puisse demander récompense, si les filles sont du mariage d'eux deux (5). »

317. Mais dans les autres provinces, cette question fut longtemps l'objet d'une controverse. Lebrun, auteur d'un savant *Traité sur la communauté,* soutenait que lorsque le mari avait doté seul un enfant commun de quelques biens de la communauté, la femme, qui n'avait point concouru à la dotation, en pouvait prétendre récompense après la dissolution de la communauté. Il se fondait sur la maxime constante du droit français, suivant lequel, à la différence du droit romain, *ne dote qui ne veut.* Or, disait-il, la femme se trouverait avoir doté malgré elle, si elle n'avait pas la récompense de ce que le mari a tiré de la communauté pour doter l'enfant commun.

Cette opinion est vraiment étrange, sous l'empire des coutumes; c'était refuser au père la faculté de faire en faveur des enfants communs ce qu'il pouvait faire en faveur d'étrangers; car l'art. 225 de la coutume de Paris, qui était de droit commun, lui donnait le pouvoir de disposer entre-vifs, sans le consentement de sa femme, des biens de la communauté, à titre gratuit, indéfiniment et à son plaisir, en faveur de toute personne capable et sans fraude. Valin (6), qui embrassait l'opinion de Lebrun, répondait qu'il est bien plus à craindre que le mari n'abuse de son pouvoir sur la communauté, par des donations à ses enfants, que par des dispositions en faveur d'étrangers. Du reste, il appuyait son opinion, comme Lebrun, sur la maxime: *Ne dote qui ne veut.*

(1) Page 17 du tome 3 de son ouvrage.

(2) Dalloz, *ubi supra*, n° 282; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 292.

(3) Le mot *dot* signifie ici ce que le père donne à ses enfants de l'un ou l'autre sexe, en avancement d'hoirie, lorsqu'il *les établit*, ou leur donne un état stable et une existence indépendante; et comme c'est le plus souvent en les mariant, surtout les filles, la dot est tout ce qu'il leur donne pour supporter les charges du mariage. Cette acception du mot *dot* est applicable tant au régime de la communauté qu'au régime dotal; mais dans celui-ci, la dot est particulièrement le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, et que la loi déclare généralement inaliénable, soit que la femme se soit elle-même constitué une dot de tout ou de partie de ses biens, soit qu'elle lui ait été constituée par ses père ou mère, ou même par un donateur étranger. *Voy.* l'art. 1540.

(4) Il en était de même des fils.

(5) L'opinion de Toullier est adoptée par Bellot, t. 1, p. 420; par Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 275; et d'après Dalloz, c'est cette opinion qui doit être suivie. *Voy.* cet auteur, *ubi supra*, n° 274.

(6) Sur l'art. 22 de la coutume de la Rochelle, § 2, n° 12.

318. Pothier (1) s'éleva contre cette opinion, et répondait avec raison que de cette maxime il suit seulement que la femme n'est pas obligée de doter en son propre nom sur ses biens personnels. Mais cette réponse, qui pouvait suffire, il crut devoir l'appuyer d'une doctrine erronée à laquelle il revient souvent dans son ouvrage. Et il ajouta que lorsque le mari, comme chef de la communauté, dote un enfant commun des biens de la communauté, *quoiqu'il parle seul à la dot*, la femme, représentée par son mari, chef de la communauté, *est censée*, non en son propre nom, mais en qualité de commune, doter conjointement avec son mari, *sans qu'elle y consente*, de même que lorsque son mari a fait donation à un étranger d'effets de la communauté, la femme, quoique absente *et sans son consentement*, « est censée, en sa qualité de commune, par le ministère de son mari, et conjointement avec lui, faire donation à cet étranger desdits effets, pour la part qu'elle y a. »

Nous avons (2) déjà eu occasion de combattre cette doctrine de Pothier, qui fonde tous les pouvoirs du mari, comme chef de la communauté, sur un mandat tacite ou présumé, en vertu duquel la femme est censée consentir, en qualité de commune, à tout ce qu'il fait sans son consentement. Mais comment et pourquoi présumer son consentement à des actes pour lesquels il n'est pas requis, et auxquels elle ne pourrait même s'opposer, en manifestant par un acte exprès une volonté contraire à la présomption qu'on voudrait induire de son silence?

Elle est censée, dit Pothier, donner, par le ministère de son mari, les effets de la communauté, *pour la part qu'elle y a;* mais il enseigne, en cent endroits de son *Traité,* que non-seulement elle n'y a aucune part pendant le mariage, mais encore qu'elle n'y a aucun droit, mais seulement l'espérance d'un droit éventuel : c'est une maxime fondamentale de la matière, *non est socia, sed speratur fore;* et qu'en attendant, le mari *peut, à son gré, perdre les biens de la communauté, sans en être comptable :* ce sont ses propres expressions (3). Ce n'est donc point sur le consentement ou mandat présumé de la femme qu'est fondé le pouvoir du mari de doter les enfants communs des biens de la communauté, seul et sans le consentement de la femme; c'est sur le droit de disposer seul de ces biens (4) à son gré, en qualité de propriétaire *et vrai seigneur.*

L'opinion de Pothier prévalut donc, et l'on jugeait que le mari pouvait doter seul, sur les biens de la communauté, les enfants communs, et que la femme, quoiqu'elle n'eût point consenti à la donation, n'avait aucune récompense à demander à raison de cette donation, même dans le cas où il existerait un don mutuel entre elle et son mari (5), quoiqu'en ce cas la sous-donataire, qui n'a point concouru à la donation, souffre un préjudice très-considérable, parce que l'enfant avantagé ne lui doit aucun rapport, ni de la moitié qu'elle aurait eue en qualité de commune, ni de l'autre moitié qu'il tient du chef de son père, et dont elle aurait profité comme donataire.

319. Mais comme le mari pouvait aussi doter pour son compte seul, sans vouloir que les droits de sa femme sur les biens de la communauté en souffrissent aucun préjudice, ou en fussent en rien diminués, on recherchait scrupuleusement, dans les termes de la donation, quelle avait pu être l'intention du donateur, et on les interprétait trop facilement, sur de simples conjectures, en faveur de la femme. En voici un exemple.

Un sieur Carré avait, sans le consentement de sa femme, donné à son fils *la moitié par indivis, à lui appartenant, de son conquêt des terres de Montgeron, Chalandray*, etc. A sa mort, la veuve prétendit qu'en ne donnant que *la moitié* des terres de Montgeron, son mari n'avait point voulu que sa femme en souffrît aucun préjudice, ni que le droit qu'elle avait dans l'autre moitié en fût altéré; que ces termes : *la moitié des terres,* etc., étaient déclaratifs et limitatifs de la part que le donateur avait dans les terres de Montgeron, au delà de laquelle il voulait marquer qu'il ne prétendait plus rien; car en « disant qu'il donnait la moitié à lui appartenant par indivis, il sous-entendait une autre moitié par indivis, à laquelle il ne voulait pas toucher; et quand il ajoute : *à moi appartenant de mon conquêt,* il explique la raison de sa disposition, parce que cette qualité de conquêt, qu'il attache à cette terre, emporte un partage égal entre le mari et la femme. »

On voit que cette interprétation n'était fondée que sur une simple conjecture de la volonté du donateur; car on peut donner la moitié d'une terre à son fils, aussi bien que la terre entière : tout ce qui résulte de ce qu'on n'a donné qu'une moitié, c'est que l'autre moitié reste dans la communauté. Cependant l'interprétation conjecturale de la veuve Carré fut admise d'abord par des arbitres, dont la sentence fut confirmée par arrêt du 30 août 1677, rapporté dans le *Journal du Palais* (6), et cité par Po-

(1) *Traité de la communauté,* nº 487.

(2) *Supra,* nº 219.

(3) Nº 470.

(4) Pothier finit par reconnaître cette vérité, nº 642. « C'est, dit-il, une suite du droit qu'a le mari, en sa qualité de chef de la communauté, de disposer sans le consentement de sa femme, tant pour elle que pour lui, des effets de la communauté. »

(5) Duparc-Poullain, *Principes du droit français,* t. 5, p. 124, nº 157.

(6) T. 1, p. 825.

thier (1), qui ne désapprouve pas de pareilles interprétations, fondées sur des circonstances. Mais comme ces interprétations sont toujours plus ou moins trompeuses, plus ou moins arbitraires, le Code, en consacrant d'ailleurs son opinion, les rejette absolument, par la disposition finale de l'art. 1439. « La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté, et dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'ait déclaré *expressément* qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié. »

Ainsi, il faut une déclaration *expresse* de la volonté du mari, et non point une volonté interprétative et conjecturale, nécessairement toujours incertaine, et les tribunaux ne pourraient admettre aujourd'hui une prétention pareille à celle de la dame Carré, sans contrevenir à la disposition de l'art. 1439, et sans s'exposer à la censure.

320. Mais si un père donnait une dot à l'un de ses enfants, en avancement des droits de cet enfant, dans *sa* succession ; par exemple : « Je donne 40,000 francs à mon fils, en avancement de ses droits dans *ma succession,* » ce serait une déclaration expresse qu'il se charge de la dot pour le tout ; car il ne peut donner en avancement des droits dans la succession de sa femme. Celle-ci aurait donc une récompense, si les 40,000 francs avaient été tirés de la communauté (2). Cette espèce est toute différente de celle de l'arrêt du 30 août 1677 (3).

321. En dispensant l'enfant doté par le père seul, en effets de la communauté, d'en rapporter aucune partie à sa mère survivante, celle-ci supporte indirectement la moitié de la dot, comme le dit l'art. 1439, en ce sens qu'elle est privée de cette moitié, qui lui serait revenue à la mort de son mari, et l'enfant avantagé rapportant l'autre moitié à la succession de son père, ses cohéritiers n'ont point à se plaindre, puisqu'il y remet par là tout ce qui en avait été tiré pour sa dot. Il en résulte seulement qu'il continue de jouir de la moitié des biens de la dotation dont sa mère aurait joui jusqu'à sa mort, époque à laquelle il la rapportera, comme il a rapporté l'autre moitié à la succession du père commun.

322. Mais si la mère renonce à la communauté, l'enfant doté ne doit-il pas rapporter la dot entière qu'il a reçue du père en effets de la communauté, ou, ce qui est la même chose, en une somme d'argent? L'art. 843 du Code dit que tout héritier venant à une succession doit rapporter à ses cohéritiers *tout ce qu'il a reçu du défunt,* par donation entre-vifs, directement ou indirectement. Cet article ne recherche point l'origine des biens donnés. il ne distingue point entre les biens du patrimoine du donateur défunt et ceux qu'il a acquis depuis son mariage. C'est indistinctement *tout* ce qu'il a reçu du défunt que l'héritier doit rapporter. Or on ne peut contester que c'est du défunt seul qu'il a reçu les biens de sa dotation. Il semble donc qu'il doit les rapporter tous à ses cohéritiers, comme l'exigent la loi et la raison d'égalité. La renonciation de la veuve a anéanti la communauté comme si elle n'avait jamais existé, de même que l'héritier qui renonce à une succession est censé n'avoir jamais été héritier. (Article 785.) Les biens donnés dépendent donc tous de la succession du père (4).

323. Ces raisons ont entraîné notre savant maître Duparc-Poullain. Cependant nous croyons y trouver une réponse péremptoire ; mais pour la mettre dans tout son jour, nous commencerons par exposer les maximes de notre droit français et du Code, sur la dotation des enfants, ainsi que les conséquences qui en dérivent.

324. Le droit romain chargeait le père seul de doter ses enfants : *Omnino paternum est officium dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.* (Leg. unic., Cod., *de dotis promissione*, 6, 11.)

Les lois ne se bornaient même pas à consacrer le principe que la dotation des enfants est un devoir du père, *paternum officium ;* elles autorisaient le magistrat (5) à le contraindre d'accomplir ce devoir sacré.

C'est le père seul contre qui l'action était donnée, parce que c'était lui seul qui avait à Rome la puissance paternelle avec toutes ses prérogatives. La mère n'en jouissait pas, même après la mort de son mari.

Dans notre législation, au contraire, le droit de puissance paternelle est commun au père et à la mère, quoique le père, comme chef, en ait seul l'exercice durant le mariage (art. 373); mais après sa mort, la mère jouit de la puissance paternelle, ainsi que de tous les avantages y attachés, tels que l'usufruit des biens des enfants jusqu'à dix-huit ans. Il est donc naturel que le devoir de les doter lui soit également commun ; et aussi c'est une maxime certaine en droit français, que la dotation des enfants est un devoir commun au père et à la mère.

Mais nos lois n'accordent point d'action pour les contraindre à remplir ce devoir. « L'enfant, » dit l'art. 204 du Code, *n'a pas d'action* contre

---

(1) N° 487 du *Traité de la communauté. Contra*, Lebrun et Valin, sur l'art. 22 de la coutume de la Rochelle.

(2) Pothier, *ibid.*, n° 436, *in fine.*

(3) *Quid* si le père avait donné la dot en effets de la communauté par don manuel? *Voy.* Dalloz, v° *Communauté,* n° 284.

(4) *Contra*, Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 291; Battur, n° 54.

(5) L. 19, ff. *de ritu nupt.*, 23, 2.

» ses père et mère pour un établissement par » mariage ou autrement. »

Pour bien comprendre le sens de cet article, il faut considérer le chapitre où il est placé, et peser les termes dans lesquels il est conçu. Il est placé dans le chapitre qui traite « *des obligations* qui naissent du mariage. » L'art. 203 commence par les obligations communes aux deux époux envers leurs enfants. « Les époux, dit-il, contractent ensemble, par le fait seul du mariage, *l'obligation* de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »

Voilà une obligation civile pour l'accomplissement de laquelle les enfants ont une action. L'article suivant passe à la dotation, et dit que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement.

Reste donc l'obligation naturelle; car dans le langage des jurisconsultes, et dans celui du Code, l'obligation naturelle est celle qui ne produit point d'action : *Cui non lex adsistit.* C'est de cette manière que s'exprime le Code, pour désigner l'obligation naturelle. « *La loi,* dit l'art. 1965, *n'accorde aucune action* pour une dette de jeu, etc. » L'art. 1967 ajoute : « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, etc. » On en trouve la raison dans l'art. 1235; c'est que « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles volontairement acquittées. » Ainsi, nul doute que le Code considère les dettes de jeu, pour lesquelles *il n'accorde aucune action,* comme des obligations naturelles.

Maintenant, remarquez les expressions de l'art. 204 : « *L'enfant n'a pas d'action*, etc. » C'est bien le même sens que *la loi n'accorde pas d'action* à l'enfant. La dénégation d'action pour les dettes de jeu indique qu'il reste l'obligation naturelle : la même dénégation pour la dotation des enfants indique donc que si l'action est déniée, l'obligation naturelle reste également. La série des dispositions du chapitre où est placé l'art. 204 rend cette vérité évidente. C'est, comme nous l'avons dit, dans le chapitre *des Obligations qui naissent du mariage.* L'art. 203 parle d'abord des aliments et entretien des enfants. C'est une obligation qui produit une action. L'art. 204 passe ensuite à la dotation des enfants. C'est aussi un devoir des père et mère qui leur ont donné la naissance; la nature et la raison le disent. Mais ce devoir produit-il aussi, comme les aliments, une action en faveur des enfants, et comme il en produisait une contre le père dans le droit romain? Non, dit l'art. 204. Nos lois françaises présument assez bien de l'affection qu'inspire la nature aux pères et mères en faveur de leurs enfants, pour croire que, lorsqu'ils ne les dotent pas, c'est qu'ils n'ont pas les moyens de le faire convenablement. Elles jugent qu'il serait contraire à la piété filiale et au respect que les enfants doivent à leurs pères et mères de les traduire en justice pour les contraindre à y venir dévoiler aux tribunaux et en public le secret de leurs affaires, afin de mettre le magistrat en état de juger s'ils ont ou non les moyens de donner une dot convenable.

Il peut, à la vérité, se rencontrer des pères et mères qui, quoique vivant dans l'aisance, sont assez durs pour refuser d'y faire participer leurs enfants, en les dotant convenablement, même du superflu de leur fortune. C'est, dit Pothier, n° 646, un moindre mal, qu'il faut tolérer pour en éviter un pire.

323. Résumant, la dotation des enfants est chez nous un devoir commun au père et à la mère, pour l'accomplissement duquel nos lois n'accordent point d'action, en reconnaissant néanmoins que cette dénégation d'action laisse subsister une obligation naturelle (1), qui produit plusieurs effets civils, et même de plus remarquables que les obligations civiles ordinaires.

1° La dotation étant une obligation naturelle, la dot ne peut être répétée quand elle a été volontairement payée. (Art. 1235.) En voici un exemple tiré de la loi 32, § 2, ff. *de condict. indebiti,* 12, 6. Une mère (2), croyant par erreur devoir une dot de 1,000 fr. à sa fille, en vertu du contrat de mariage de cette dernière, lui a payé cette somme; pourra-t-elle la répéter après l'erreur découverte? Non, dit la loi, car mettant à l'écart la fausse opinion où elle était, il reste en faveur du payement un motif de piété suffisant pour faire cesser la répétition : *Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* C'était une obligation naturelle qu'elle a acquittée.

2° Nos lois donnent encore à l'obligation naturelle de doter ses enfants un effet bien remarquable, qui n'est pas accordé aux autres obligations naturelles. L'art. 511 du Code civil autorise le conseil de famille à donner, sur les biens d'un interdit, une dot à ses enfants, en faisant homologuer son avis par le tribunal.

Bien plus : quand un père est condamné à une peine afflictive ou infamante qui n'emporte pas la mort civile, il est, pendant tout le temps

(1) *Voy.* Hévin, consult. 80.

(2) Le texte dit :

« Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetet : sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non poterit. »

Mais Cujas, Godefroy, le président Favre, dans ses *Rationalia* sur cette loi, pensent avec raison qu'il faut *mater* au lieu de *mulier*. En effet, cette cause de piété, mise en avant dans cette loi, ne peut s'appliquer à une femme étrangère.

qu'il *subit sa peine*, en état d'interdiction. On lui nomme un curateur qui régit ses biens. Ils doivent lui être rendus quand sa peine sera subie. Il semblerait que personne n'a le droit de disposer d'aucune partie de ses biens sans le consulter : *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* (L. 11, ff. *de reg. jur.*) C'est la loi de la propriété.

Cependant le Code (1) pénal de 1791, 1re partie, titre 4, art. 5, autorise encore le conseil de famille à prélever sur ses biens une dot à ses enfants. Il s'agit en ce cas d'acquitter une dette naturelle. La loi présume que la volonté du père est conforme à son devoir.

Nos art. 1422 et 1439, qui donnent au mari seul, sans le concours de sa femme, et même contre sa volonté, le droit de doter les enfants communs *en effets de la communauté*, et qui veulent que la femme supporte la moitié de cette dot, sans en prétendre récompense, si elle accepte la communauté, s'écartent bien moins de la loi de propriété, ou plutôt ils ne s'en écartent point du tout.

526. Que fait le mari en dotant les enfants communs sur les biens de la communauté? Il acquitte une obligation naturelle qui lui est commune avec son épouse; il paye sa dette propre et personnelle, et en même temps aussi celle de son épouse, à qui cette dette était commune pour une moitié. Et sur quels biens l'acquitte-t-il? Non pas sur les biens personnels de cette dernière, mais sur des biens que la loi qualifie de communs. Il paye une dette commune sur des biens communs; car, quoiqu'ils ne fussent pas encore, à proprement parler, *actuellement* communs, ils l'étaient éventuellement et en espérance. Le mari ne fait que devancer l'événement et réaliser l'espérance, en acquittant pour son épouse une dette naturelle, il est vrai, mais sacrée, une dette que la loi lui donne expressément le pouvoir d'acquitter, et qu'elle autoriserait le conseil de famille à prendre, même sur les biens personnels et propres de la mère, si elle était interdite ou hors d'état de manifester sa volonté. La disposition de l'article 1439, qui autorise le mari à payer la dette de sa femme aux enfants communs sur les biens de la communauté, et qui refuse à la mère une récompense pour cet objet, est donc d'une exacte et évidente équité. Accorder cette récompense, ce serait aller contre le grand principe de justice qui ne permet pas de répéter ce qui a été donné pour acquitter une obligation naturelle. Lebrun et les auteurs qui suivent son opinion n'avaient donc point assez réfléchi sur la nature de la dotation, lorsqu'ils opposaient, pour accorder une récompense à la femme, la maxime : *Ne dote qui ne veut.*

(1) Cette loi est encore en vigueur en cette partie. *Voy.* ce que nous avons dit t. 1, no 295.

527. Revenons maintenant à la question posée *supra*, no 522, si l'enfant doté par le père seul, en effets de la communauté, doit rapporter la dot entière à la mort du père, dans le cas où la veuve renonce à la communauté. Mais pour l'envisager sous toutes ses faces, il faut examiner le cas où c'est la mère qui prédécède. Supposons donc que le père ait doté seul un de ses enfants communs d'une somme de 60,000 fr., en effets de la communauté. La mère, qui n'a point concouru à la dotation, meurt, laissant trois enfants qui acceptent la communauté; l'enfant doté devra-t-il rapporter à sa succession la moitié de sa dot, c'est-à-dire 30,000 fr.? Oui, sans doute; car c'est de la succession de leur mère, dont ils sont les représentants, qu'ils tiennent leurs droits à la communauté, qu'ils partagent avec leur père survivant, et dans laquelle ils doivent tous avoir une part égale; et comme l'un des enfants a reçu d'avance 30,000 fr. de plus que les deux autres, il leur rapportera à chacun une somme de 10,000 fr. en argent ou en moins prenant.

Mais si, quoique héritiers de leur mère, ils renoncent à la communauté, l'enfant doté pourra-t-il prétendre que leur renonciation a remis les choses au même point que s'il n'y avait jamais eu de communauté; que par conséquent il n'a été doté que des biens de son père survivant; qu'il ne doit donc aucun rapport quant à présent, et qu'il n'en devra qu'à l'ouverture de la succession du père?

Il nous paraît que cette prétention n'est pas admissible. La renonciation que font les enfants héritiers de leur mère à la communauté ne change rien à leurs droits sur la somme que le père commun en avait tirée pour acquitter, ainsi que la loi lui en donnait le droit, une dette naturelle qui lui était commune avec son épouse, leur mère, laquelle somme l'enfant doté ne reçut que sous la condition de la rapporter par moitié à l'ouverture de chaque succession. Ceci va s'éclaircir encore en achevant d'examiner la question du rapport de la dot conjointement constituée par les deux époux.

Si la dot conjointement constituée n'a pas été payée avant la dissolution de la communauté, la femme renonçante doit en payer la moitié à l'enfant doté, qui la rapportera à la mort de sa mère; l'autre moitié s'évanouit, et est éteinte par la mort du père.

Mais si la dot a été payée durant la communauté, la femme survivante qui renonce à la communauté doit récompense de la moitié des sommes ou effets qui en ont été tirés pour acquitter sa dette personnelle; car la dot n'était point une charge de la communauté. C'est la doctrine enseignée par Pothier (2), et qui est

(2) *Traité de la communauté*, no 649; arrêt du 4 décembre 1672, rapporté au *Journal du Palais*, t. 2, p. 91.

conforme aux dispositions du Code. (Articles 1432, 1433.)

Cela paraît incontestable. Les auteurs qui ont écrit dans les principes de la coutume de Bretagne, dont l'art. 422 était conforme aux dispositions du Code, reconnaissent aussi qu'en ce cas il y a une véritable obligation de la femme; qu'ainsi, en renonçant à la communauté, elle est tenue de payer la moitié de la dot à l'enfant qu'elle a doté. Ceci est conforme à la doctrine de Pothier, qui est aussi celle du Code.

Mais Duparc-Poullain ajoute (1) que cet enfant est obligé, par la renonciation de sa mère à la communauté, « de rapporter cette moitié de la dot avec l'autre moitié à la masse de la succession du père. »

On ne voit pas pourquoi la femme renonçante étant tenue de payer la moitié de la dot à l'enfant, celui-ci serait obligé de rapporter cette moitié à la masse de la succession de son père. Aussi notre savant Hévin, sans contredit l'un des plus profonds jurisconsultes français, n'est point de cet avis dans ses notes sur l'art. 396 de la coutume de Bretagne, que Duparc-Poullain a fait imprimer avec les siennes. Il dit, nº 21 : « *Quid juris in hac specie?* Les père et mère ont donné en dot à l'une de leurs filles une somme; le père meurt, et la mère renonce à la communauté. La fille rapportera-t-elle le tout dans la succession paternelle? Dès lors, *quæstio satis perplexa*. Je crois qu'elle ne rapportera, quant à présent, qu'une moitié, et que le rapport de l'autre sera différé au décès de la mère, nonobstant la renonciation, *quia videtur ea conditione datum*. »

Duparc-Poullain répond « qu'il est vrai, comme l'observe Hévin, que le don est réputé fait pour rapporter la moitié à l'ouverture de chaque succession du père et de la mère. »

Cet aveu seul nous paraît décisif contre le rapport de la totalité de la dot à la mort du père; car, puisqu'il est reconnu que la dot n'a été donnée que pour être rapportée par moitié à l'ouverture de chaque succession, et acceptée sous cette condition, comment la mère, par sa renonciation, pourrait-elle changer une condition conforme aux lois? Comment pourrait-on donner à cette renonciation un effet rétroactif, pour déroger à une convention faite légalement et de bonne foi, au préjudice, non-seulement de l'enfant doté, mais encore de sa femme et de ses enfants?

Mais, dit Duparc-Poullain, il faut considérer ce qui a été donné. C'est une somme dépendante de la communauté, et qui, par l'événement de la renonciation de la mère, *est en entier dépendante de la succession du père.*

Avec tout le respect que je dois à ce grand jurisconsulte, dont je tiens à honneur d'avoir été le disciple, j'oserai dire que son assertion n'est rien moins qu'exacte. La dot était, dans l'origine, dépendante de la communauté, mais elle en a été irrévocablement distraite pour être donnée à un enfant commun, à condition d'en rapporter une moitié à l'ouverture de chaque succession de son père et de sa mère. La renonciation de cette dernière ne peut donc, par un effet rétroactif sur le passé, faire entrer cette dot dans la succession du père; elle n'a d'autre effet que de dégager la veuve renonçante des dettes de la communauté.

En un mot, une fois que la dotation a été faite en biens de la communauté, soit conjointement, soit par le père seul, en vertu du pouvoir que lui en donnait expressément la loi, les biens qui composent cette dotation ont irrévocablement cessé de faire partie tant de ceux de la communauté que de ceux des père et mère, qui ont aussi cessé sans retour d'avoir aucun pouvoir, aucun droit sur ces biens, lesquels ne sont plus que les biens de l'enfant doté, mais sous la condition à lui imposée d'en rapporter la moitié à ses cohéritiers à l'ouverture de la succession du père commun, et l'autre moitié à la succession de la mère. Voilà une vérité de fait que rien ne peut détruire, parce que rien ne peut faire qu'une chose n'ait pas existé (2). Il est donc faux que la renonciation de la femme à la communauté puisse faire entrer et dépendre les biens donnés en dot dans la communauté ou dans la succession du père, dont ils ont été distraits pour toujours, par l'un des actes les plus solennels, par un contrat de mariage.

Mais si l'enfant avantagé ne doit, dans tous les cas, rapporter que la moitié de sa dot à l'ouverture de la succession du prédécédé, il n'en est pas moins vrai que si elle avait été payée sur les deniers de la communauté, quoique conjointement constituée par la femme et par le mari, la communauté aurait acquitté une dette qui n'était point à sa charge, mais qui était pour moitié une dette personnelle de la femme : celle-ci en doit donc récompense (3), soit qu'elle accepte, soit qu'elle répudie la com-

(1) Dans ses notes sur l'art. 422 de la coutume de Bretagne, nº 6.

(2) ..... Cras vel atra
Nube polum Pater occupato,
Vel sole puro; nec tamen irritum
Quodcumque retro est efficiet; neque
Diffinget, infectumque reddet,
Quod fugiens semel hora vexit.
Horat., lib. 3, od. 29.

(3) L'art. 1469 le dit expressément :

« Chaque époux, ou son héritier, rapporte également les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun. »

Cet article est pour le cas où la femme accepte et partage la communauté. Il ne parle point du cas où elle y renonce; mais il est évident que le mari n'était point

munauté, comme elle la devrait de toutes ses autres dettes personnelles payées pendant le mariage; par exemple, celles des successions purement immobilières qui lui seraient échues, et dont les dettes auraient été payées des deniers de la communauté.

528. Si le père, parlant seul dans le contrat de dotation, au lieu de donner à un enfant commun une somme d'argent ou des effets de la communauté, tels que des conquêts, lui donnait en dot l'un de ses héritages propres, il n'est pas douteux, dit Pothier, n° 658, qu'il a seul doté en ce cas, et que la femme ne doit contribuer en rien à cette dot, même sur sa part de la communauté; l'enfant la rapportera entière à ses cohéritiers, à l'ouverture de la succession de son père.

529. De même, si la femme donnait en dot à l'un de ses enfants un de ses héritages propres, et que le mari n'intervînt au contrat que pour l'autoriser seulement, déclarant au surplus qu'il n'entend point s'obliger personnellement, on ne pourrait pas dire, en ce cas, qu'il a doté conjointement avec son épouse; mais il ne pourrait pas empêcher l'enfant doté de se mettre en possession de l'héritage, sous prétexte que tous les fruits et revenus des biens donnés lui appartiennent, ainsi que les revenus de tous les autres biens de sa femme. (Art. 1401, n° 2.) En autorisant la dotation, il a tacitement consenti que les revenus, ainsi que le fonds du bien donné, y fussent affectés; mais il serait dû récompense ou indemnité au mari, à la dissolution de la communauté. (Art. 1419, 1426.) Voy. *supra*, n°s 282 et 283.

Il en serait de même si la femme donnait en dot une somme, ou des effets de communauté, sous la seule autorisation de son mari qui a déclaré ne point s'obliger personnellement. Il aurait reprise, à la dissolution de la communauté, de la somme ou des effets qui en auraient été tirés pour payer cette dot, sur la part de la femme ou sur ses propres, en cas de renonciation à la communauté. *Voy*. Pothier, n° 649 (1).

530. Nous venons de voir que la dot constituée par le père seul en effets de la communauté, ou, ce qui est la même chose, en une somme d'argent, est à la charge de la communauté. Il n'en est plus ainsi quand elle est promise ou fournie conjointement. La dot est alors la dette personnelle des deux époux.

« Si le père et la mère, porte l'art. 1438, ont doté conjointement l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des deux époux. »

C'est une conséquence du principe général que les obligations se divisent de plein droit par portions égales ou viriles entre toutes les personnes qui se sont obligées dans un contrat, à moins que les parts ne soient autrement réglées par la convention. *Voy*. tome 3 (VI, éd. fr.), n° 710.

531. L'article ajoute : « Au second cas, l'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot a, *sur les biens de l'autre*, une action en indemnité pour la moitié de ladite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné, au temps de la donation. »

Remarquez que c'est sur les biens de l'autre époux que la loi donne une action en indemnité à celui qui a fourni la dot en effets personnels, et non pas sur les biens de la communauté. La dot n'est donc pas une charge de la communauté. Ainsi, quoique la dotation des enfants soit une obligation naturelle commune à l'un et à l'autre des conjoints, et qu'en ce sens la dot soit appelée une dette commune, elle n'est pas néanmoins une dette de leur communauté, mais plutôt une dette propre et personnelle de chacun d'eux pour la part dont chacun y veut contribuer.

Les aliments, entretien et éducation des enfants communs sont une charge de la communauté, parce qu'elle doit s'acquitter sur les revenus des biens des conjoints dont la communauté est composée. Il n'en est pas de même des dots des enfants, pour lesquelles les pères et mères doivent souvent entamer chacun leur patrimoine. C'est donc plutôt une dette propre et personnelle de chacun d'eux qu'une dette de leur communauté.

532. Le Code a eu de fort bonnes raisons pour ne l'en pas charger. En supposant que les deux époux, en dotant conjointement, ont doté pour égales portions, par exemple, chacun pour 20,000 fr., si la dot était une dette de communauté, la femme, en y renonçant, pourrait se dispenser de rien payer et se dégager ainsi de son obligation. Si les époux ont doté pour des portions inégales, par exemple, l'un pour le quart de 40,000 fr., c'est-à-dire pour 10,000 fr., l'autre pour les trois quarts, c'est-à-dire pour 30,000 fr., si la dot était dette de la communauté, il arriverait que celui des époux qui n'a doté que pour le quart payerait autant que l'autre. Il ne fallait donc pas mettre la dot fournie ou promise conjointement par les deux époux à la charge de la communauté.

Si elle était une dette de la communauté, il s'ensuivrait que lorsque le père, qui a seul doté un enfant commun, a donné pour cette dot un

---

tenu de payer les dettes personnelles de sa femme, et que s'il les a payées durant le mariage, elle doit à la succession du mari une indemnité.

(1) *Voy*. le même auteur, n° 638; Dalloz, v° *Communauté*, n° 290.

de ses héritages propres, il devrait avoir récompense sur les biens de la communauté, comme ayant acquitté une dette de la communauté sur ses propres, et par conséquent l'ayant enrichie à ses dépens, ce qui produit une récompense. Néanmoins personne n'a jamais songé à dire qu'il y ait en ce cas lieu à une récompense. Il est donc vrai de dire que les dots des enfants communs ne sont pas une dette de communauté. Ce n'est que dans le seul cas spécialement exprimé dans l'art. 1439, où la dot a été constituée par le mari *seul et en effets de la communauté*. Alors, dit cet article, *la dot est à la charge de la communauté*. Dans tous les autres cas, c'est une dette propre de ceux qui l'ont constituée, même lorsqu'ils l'ont constituée conjointement en effets de la communauté, comme dans le cas de l'art. 1438 (1).

333. Si la dot conjointement promise a été payée des effets de la communauté, la femme renonçante doit récompense de la moitié de la dot qu'elle devait personnellement, et qui n'était point une dette de la communauté.

334. Si la femme avait stipulé dans le contrat de dotation qu'elle n'entendait doter que sur les biens de la communauté et sur la part qu'elle y pourrait avoir un jour, mais qu'en cas de renonciation de sa part ou de celle de ses héritiers, la dot serait censée n'avoir été donnée que par le père seul, la clause serait valable, car la femme, pouvant ne point doter du tout, peut à plus forte raison mettre à sa dotation telle condition que bon lui semble (2).

335. A défaut d'une stipulation pareille, si la dot n'a pas été payée, la femme qui a doté conjointement, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, doit payer la moitié de la dot à l'enfant avantagé, qui la rapportera un jour à ses cohéritiers; l'autre moitié est éteinte par confusion.

Si la femme ne trouvait pas dans sa part de communauté de quoi payer la moitié de la dot qu'elle doit, elle la payerait sur ses biens personnels, sans pouvoir invoquer la disposition de l'art. 1483 (3), qui ne l'assujettit à payer les dettes que jusqu'à concurrence de son émolument; car cet article ne s'applique qu'aux dettes de la communauté, et nous avons vu que la dot des enfants n'était une dette de communauté que dans le seul cas de l'art. 1439, c'est-à-dire quand elle est constituée par le mari seul en effets de la communauté.

Dans le cas de la dot conjointement constituée par moitié, si elle a été payée, et que la communauté soit acceptée, il se fait évidemment compensation de la somme que chacune des parties en a tirée pour cette dot.

336. En dotant conjointement l'enfant commun, les père et mère stipulent souvent que la dot sera imputée en totalité sur la succession du prédécédé. L'effet de cette clause, très-simple en apparence, est que l'enfant avantagé, quand même il renoncerait à la succession du prédécédé, n'a rien à demander au survivant.

Massé (4) observe fort bien que « tant que les père et mère vivent l'un et l'autre, l'incertitude de savoir lequel des deux prédécédera, et sur lequel des deux, par conséquent, pèsera la totalité de la dot, en vertu de la clause d'imputation, fait que, jusqu'à l'événement du prédécès, les père et mère qui ont doté conjointement leur enfant demeurent, nonobstant la clause d'imputation, dans les termes du droit commun, soit quant aux actions à fin de payement, soit quant aux actions en garantie que l'enfant peut avoir à exercer contre eux à raison de cette dot : c'est-à-dire qu'aux termes de l'article 1438, les père et mère sont censés, durant tout ce temps, avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des deux époux; sauf les récompenses et indemnités que devra la succession du prédécédé pour ce qui aura été payé de la dot, soit par la communauté, soit par le survivant. »

En effet, jusqu'à l'événement du prédécès, il n'y a pas de raison pour que la charge de la dot tombe plutôt sur l'un des époux que sur l'autre. Tous les deux l'ayant constituée, l'équité veut que la charge en soit également répartie entre eux, jusqu'à l'événement qui doit décider lequel en supportera seul le poids. En deux mots, la clause d'imputation est, d'une part, une condition résolutoire, qui, lorsqu'elle est arrivée, affranchit le survivant de contribuer à la dot pour moitié, et de l'autre, elle est une condition suspensive, qui, lors du même événement, reporte sur la succession du prédécédé la charge de la moitié, dont le survivant est affranchi. L'une et l'autre ont un effet rétroactif, qui remonte au jour de la constitution de dot; en sorte que, si l'enfant doté meurt du vivant de ses père et mère, les droits, comme les obligations résultant de la clause, passent à ses héritiers. (Art. 1179 du Code civil.)

337. En attendant l'événement de la condition, si la dot, conjointement constituée avec la clause d'imputation sur la succession du prédécédé, consistait en une rente annuelle, elle serait payée sur la communauté, qui, possédant les fruits et revenus des biens des deux conjoints, est aussi obligée d'en acquitter les charges. (Art. 1409, n° 3.)

(1) Dalloz, *ubi supra*, n° 293; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 285.

(2) Pothier, n° 450.

(3) C'était autrefois une question. *Voy.* le *Traité des contrats de mariage*, par Serieux, t. 1, chap. 3, *de la Dot*, § 4.

(4) *Jurisprudence et style du notaire*, t. 5, p. 255. (Cet ouvrage n'a pas été réimprimé en Belgique.)

Mais si la dot consistait en un capital ou en un conquêt de la communauté, l'événement de la condition arrivant, la succession du prédécédé devrait récompense à la communauté de la somme qui en aurait été tirée pour payer la dot, et si c'était un conquêt, il en serait dû récompense eu égard à sa valeur au temps de la dotation.

Si, pour la dot conjointement constituée avec la clause d'imputation, l'un des conjoints avait donné un de ses propres, s'il survivait, il aurait une action en indemnité sur les biens de la succession du prédécédé, eu égard à la valeur du propre donné, au temps de la dotation (1). (Article 1438.)

588. L'art. 281 de la coutume de Paris permettait aux père et mère qui dotaient conjointement leurs enfants en les mariant de stipuler dans le contrat de mariage qu'au moyen de la dot qu'il recevrait, l'enfant doté laisserait jouir le survivant de ses père et mère, durant sa vie, des meubles et conquêts du prédécédé (2). Cette disposition exorbitante du droit commun était une exception au principe qu'on ne peut renoncer à la succession d'une personne vivante, et à la règle établie par l'art. 280 de la même coutume, que les conjoints ayant des enfants ne peuvent s'avantager directement ni indirectement; et comme les exceptions sont de droit étroit, celle-ci ne pouvait être étendue ni à d'autres biens que les meubles et conquêts, ni à d'autres actes que les contrats de mariage; et la moindre contravention à l'un de ces deux points faisait déclarer nul pour le reste le don mutuel que les conjoints avaient entendu se faire par cette convention. Mais la convention était valable, à l'effet d'obliger l'enfant qui n'y satisfaisait pas à imputer sa dot entière sur la succession du prédécédé (3).

Sous l'empire du Code civil, qui d'un côté ne permet pas, même par contrat de mariage, de renoncer à la succession d'un homme vivant (art. 791), et qui veut, de l'autre côté, que dans les dispositions entre-vifs, comme dans les dispositions testamentaires, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs soient réputées non écrites, la clause de jouissance au profit du survivant des père et mère, de quelque partie que ce soit de la succession du prédécédé, est absolument nulle, et la nullité de cette clause *n'est contestée par aucun jurisconsulte*, dit avec raison Massé (4).

« Cependant, ajoute cet auteur, beaucoup de pères et mères en exigent encore l'insertion dans les contrats de mariage de leurs enfants; et les notaires, après avoir fait connaître à leurs clients la nullité de cette clause et les effets de cette nullité, ne croient pas pouvoir, si on insiste, devoir se refuser à l'inscrire dans l'acte telle qu'elle est voulue par les parties. Ont-ils tort ou raison? N'y a-t-il en cela qu'une aveugle routine? Ou ne font-ils que se rendre au sentiment d'un juste devoir? »

Nous n'examinerons point les longs raisonnements que l'auteur fait ensuite pour tâcher de prouver que les changements introduits par le Code civil n'ont pas dû empêcher les anciens notaires d'insérer dans les contrats de mariage la clause que, moyennant la dot qu'il a reçue, l'enfant doté laissera jouir le survivant des père et mère d'une partie des biens du prédécédé, sans quoi la dot sera imputée sur la succession de ce dernier. Le seul motif qu'il en donne est que, quoique cette condition soit nulle ou regardée comme non avenue sous l'empire du Code, l'enfant doté peut valider ces stipulations de laisser jouir, etc., en les ratifiant ou en les exécutant volontairement, et que sa ratification expresse ou tacite en couvre la nullité.

Quant à nous, nous pensons qu'un notaire qui se respecte doit s'abstenir d'insérer de pareilles clauses dans les contrats de mariage, non-seulement par cela seul qu'elles sont nulles et proscrites par la loi, mais encore parce qu'elles sont dangereuses par les suites qu'elles peuvent avoir un jour, et qu'elles peuvent faire naître dans les familles des procès acharnés, des haines et des inimitiés irréconciliables.

Supposons que des père et mère, en dotant conjointement leur fils, aient stipulé dans le contrat de mariage que moyennant cette dot il laissera jouir le survivant, sans lui en demander compte, des meubles et acquêts du prédécédé. Le père meurt dix ans après, laissant une communauté opulente tant en meubles qu'en conquêts. Le fils, qu'un grand nombre d'enfants mettent mal à l'aise, laissera-t-il jouir sa mère de tous les conquêts et de tout le riche mobilier de son père, que la loi l'appelle à partager? Son épouse, qui ne se trouve pas dans l'aisance, l'en détourne, par la considération si puissante sur le cœur d'un père, qu'il se doit à sa nombreuse famille plutôt qu'à sa mère, qui vit dans l'opulence, et qui n'a aucune charge. En conséquence, le fils expose à sa mère qu'il désire le partage de la communauté. La mère lui oppose la clause du contrat de mariage. Le fils représente qu'elle est nulle et proscrite par les lois. La mère, femme impérieuse et dépensière, crie à la mauvaise foi, et menace de ne plus revoir ni son fils, violateur de sa parole, ni sa

(1) Dalloz, v° *Communauté*, n° 299.
(2) Sur cette convention, *voy.* Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, 3e part., nos 236 et suiv.
(3) Pothier, *ibid.*, n° 212.
(4) *Jurisprudence et style du notaire*, t. 5, p. 250; Dalloz, n° 300; Battur, n° 545.

bru, qu'elle couvre d'exécration, ni ses petits-enfants.

Supposons que le fils, n'osant braver sa mère, la laisse jouir, par crainte ou respect, sans rien dire, pendant quelque temps, puis meure, laissant son épouse tutrice légale de ses nombreux enfants. Demandera-t-elle le partage à sa belle-mère, pour ne pas s'exposer un jour, d'une part, aux reproches de ses enfants, qui trouveront la fortune de leur aïeule délabrée; de l'autre, aux plaintes journalières de ses parents et amis, qui lui représentent qu'elle néglige les intérêts de ses enfants par faiblesse pour une belle-mère dépensière? Celle-ci lui opposera que son fils a tacitement ratifié la clause de son contrat de mariage. Les conseils de tutelle diront au contraire que le silence ne suffit pas pour ratifier tacitement une clause proscrite par les lois. Alors s'élèveront les inextricables difficultés que peuvent faire naître les ratifications tacites et même expresses. Les esprits s'aigriront, et voilà une famille brouillée peut-être irrévocablement par l'imprudence d'un notaire, qui, par routine ou par faiblesse, a inséré dans un contrat de mariage une clause proscrite par la loi, parce qu'elle pourrait être ratifiée après le prédécès de l'un des père et mère.

Mais enfin si les père et mère s'obstinent, malgré les représentations du notaire, à faire insérer la clause de *laisser jouir* dans le contrat de mariage de leurs enfants, peut-il, doit-il s'y refuser? demande Massé.

Il est bien difficile de croire qu'ils ne cèdent pas aux représentations que non-seulement la clause est proscrite par la loi, mais qu'elle peut avoir les suites les plus funestes pour les deux familles. Mais enfin s'ils persistent, nous pensons, avec Massé, que la responsabilité des événements ne peut retomber sur lui. Le notaire, dans la rédaction de la minute, n'est que le secrétaire ou le scribe des parties. Son ministère, purement passif, doit se borner à rendre leurs volontés fidèlement et avec clarté. On n'a rien à lui reprocher, quand les clauses de l'acte n'ont rien de contraire aux mœurs. Il en est autrement des formes de l'acte, que la loi le charge d'observer, sous peine de responsabilité personnelle. Par exemple, on ne saurait concevoir l'obstination des notaires, qui s'exposent à se voir poursuivre et condamner comme faussaires, pour avoir référé la présence du second notaire, ou des témoins instrumentaires, à un acte où ils n'ont point assisté (1).

539. Si la dot conjointement constituée et imputable sur la succession du prédécédé a été payée, l'enfant avantagé est obligé de la rapporter en entier à la succession du prédécédé, qui est censé avoir doté seul et avoir acquitté, des deniers de la communauté, une dette personnelle dont elle n'était pas chargée. En conséquence, sa succession en doit récompense, aux termes de l'art. 1437, qui porte : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux..., il en doit la récompense. »

La succession du prédécédé doit donc récompense à la communauté de toute la somme qui en a été tirée pour payer la dot. Remarquez bien que c'est la succession du prédécédé qui doit cette récompense, et non pas l'enfant avantagé. S'il renonçait à la succession pour s'en tenir à son don, comme l'y autorise l'art. 845, il ne devrait aucune partie de cette récompense, sauf réduction de la dot, si elle excédait la portion disponible.

540. Si la dot, conjointement constituée par les père et mère, et imputable sur la succession du prédécédé, est supérieure à la portion de l'enfant dans cette succession, le survivant devra-t-il compléter la différence, ou l'enfant avantagé devra-t-il la perdre? Nul doute que le survivant ne doit rien, et que l'enfant doté doit rapporter à la succession du prédécédé la totalité de la dot, comme l'a fort bien pensé la cour de cassation dans un arrêt du 11 juillet 1814, en cassant un arrêt de la cour de Grenoble. « L'enfant n'a point à s'en plaindre, parce que, d'un côté, telle est la convention, et que toute convention oblige à ses suites (2) (art. 1135); et que, d'un autre côté, il ne peut ignorer que tout don fait en avancement d'hoirie doit, sans examiner si cette hoirie est avantageuse ou obérée, être rapporté au profit des cohéritiers, dans les cas prévus par les art. 843 et 845 du Code civil. »

541. Dans l'espèce de cet arrêt, le contrat portait que la dot était constituée *en avancement de l'hoirie du prémourant*. Mais *quid* si le contrat portait que les père et mère constituent conjointement et par moitié à leur fils une dot de 100,000 fr., par exemple, *imputable* sur la succession du prédécédé? Si les droits de l'enfant doté ne s'élèvent qu'à 80,000 fr., rapportera-t-il la dot entière à la mort de son père prédécédé, ou seulement les 80.000 fr. qu'il trouve dans la succession, les 20,000 fr. restant de sa dot demeurant pour le compte de sa mère, et rapportables seulement à la succession de cette dernière, qui, sans la clause d'imputation, aurait supporté la moitié de la dôt, c'est-à-dire 50,000 fr.?

Pour l'affirmative, on dit que l'imputation n'est qu'une compensation, jusqu'à due concurrence; c'est la déduction d'une somme sur

(1) *Voy.* ce que nous avons dit t. 4 (VIII, éd. fr.), nos 74 et suiv.

(2) *Voy.* Dalloz, *ubi supra*, no 302; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 287, 288, 289 et 290.

une autre. Elle diminue l'obligation principale, mais elle ne la détruit pas. La clause d'imputation a donc pour objet de diminuer la contribution du survivant à la dot, mais elle n'a pas l'effet de détruire son obligation de doter pour moitié. Ainsi, l'imputation ne se fait jamais que jusqu'à concurrence des droits de l'enfant doté dans la succession du prédécédé, et cette imputation est très-avantageuse au survivant, puisqu'elle lui procure non-seulement la décharge proportionnelle de sa contribution à la dot, mais encore, et par suite, une plus forte part dans la communauté. Par exemple, dans notre hypothèse, la dot étant de 100.000 fr., les droits de l'enfant doté dans la succession du père de 80,000 fr., l'imputation de la dot se fera jusqu'à concurrence sur les 80,000 fr., et la mère survivante, qui, sans l'imputation, aurait supporté la moitié de la dot, c'est-à-dire 50,000 fr., ne la supportera que pour 20,000 fr., parce que la succession du prédécédé doit lui payer une indemnité de 30,000 fr. Tel est l'effet de l'imputation.

C'est d'après ces principes que la cour royale de Paris, présidée par le premier président Séguier, et sur les conclusions conformes de M. Quequet, avocat général, a rendu, le 11 janvier 1819, un arrêt par lequel elle a jugé que « la clause de l'imputation de la dot sur la succession paternelle ne peut avoir son exécution que jusqu'à concurrence de la portion héréditaire (1), » parce qu'autrement, si l'enfant restituait toute la dot, il ne ferait point une imputation, mais un rapport à la communauté, tandis que le rapport n'est jamais dû qu'aux cohéritiers.

Quelque imposante que soit l'autorité d'un arrêt rendu par d'aussi savants magistrats, Massé, *ubi supra,* prétend qu'il n'est pas rendu dans l'exactitude des principes. Ses réflexions l'amènent à penser que l'enfant doté, ayant accepté la succession purement et simplement, est obligé, en droit, de rapporter toute sa dot à la succession de son père, quoique sa part héréditaire se monte à une moindre somme, et que la récompense n'en est pas moins due pour le total de la dot à la communauté; que le survivant n'en doit pas moins profiter de sa part dans cette récompense, comme formant un actif de la communauté, qui, n'étant pas réputée avoir doté non plus que le survivant, ne doit pas plus que lui contribuer en aucune manière au payement de la dot. Et c'est ainsi, suivant lui, que la cour royale de Paris eût dû juger la question.

Son opinion est fondée sur ce que la clause seule d'imputation indique l'intention des père et mère de faire retomber tout le poids de la dot sur la succession seule du prédécédé, et d'en affranchir entièrement le survivant.

Si l'intention des père et mère dotants était telle, en effet, nous serions absolument de l'opinion de Massé; mais nous sommes bien convaincu, avec la cour de Paris, que la seule clause d'imputation n'indique point suffisamment cette intention, parce que la signification du mot y résiste et présente un tout autre sens. Comparez cette clause avec celle dont nous avons parlé au commencement de ce numéro, et par laquelle les père et mère avaient conjointement constitué une dot à leur enfant commun, *en avancement de l'hoirie du prémourant.* Il n'y a point là d'équivoque : aussi la cour suprême ne balança point à décider que quoique les droits de l'enfant dans la succession du prémourant fussent inférieurs à sa dot, il n'avait rien de plus à demander à sa mère, et qu'il n'avait point à se plaindre d'être obligé de rapporter toute sa dot, parce que telle était la convention. C'est aux notaires à faire expliquer la clause d'imputation lorsque, entendue dans son sens naturel, elle ne rend pas la volonté des parties (2).

542. Quoique en général l'éviction des choses données ne soumette pas le donateur à une action en garantie, sans une convention expresse, lorsqu'il y a eu bonne foi de sa part, il n'en est pas ainsi des choses données en dot en faveur de mariage. La dotation est un acte de bienfaisance, sans doute, puisqu'on ne peut forcer même les pères et mères à doter leurs enfants : cependant ils ne font, en les dotant, comme nous l'avons vu, qu'acquitter une obligation naturelle; et d'ailleurs, le législateur a considéré que la dotation n'intéresse pas seulement l'époux doté, mais encore l'autre époux et surtout leurs enfants, et qu'enfin, sans la dot, le mariage peut-être ne se serait point fait. La loi a donc voulu qu'il y eût lieu à la garantie des choses données, et l'art. 1440 porte que « la garantie de la dot est due par toute personne qui l'a constituée, et ses intérêts courent du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire. »

543. Nous avons dit plusieurs fois que la dot, conjointement constituée, était une dette personnelle des deux époux, quoique payée en effets de la communauté, et qu'en conséquence la femme renonçante doit récompense de la somme qui en a été tirée pour payer sa moitié, aux termes de l'art. 1437, qui porte que « toutes les fois qu'il est pris sur la commu-

(1) Il est rapporté dans le *Journal du Palais*, t. 53, 1re part. de 1819, p. 233-248. *Voy.* les réflexions de Massé sur cet arrêt (*Jurisprudence et Style du notaire*, t. 3, p. 266, nos 481 et 541).

(2) Dalloz approuve cette opinion de Toullier, qui, on ne peut le méconnaître, est conforme à la rigueur des principes.

nauté une somme pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux..., il en doit la récompense. »

Il faut expliquer ici le principe général d'où dérivent toutes les récompenses qui sont dues par l'un ou l'autre des époux, ou par leurs héritiers, lors de la liquidation de la communauté.

Les biens qui doivent la composer, et la part que chacun des époux doit y avoir, sont irrévocablement déterminés, au moment du mariage, par la loi ou par la convention, c'est-à-dire par une convention tacite ou expresse. Dans l'un et l'autre cas, ce sont des conventions matrimoniales, qui *ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage*. (Art. 1395.)

De là il suit que les époux ne peuvent, durant le mariage, ni enrichir la communauté aux dépens de leurs biens propres et personnels, ni s'enrichir eux-mêmes, en augmentant leur fortune personnelle aux dépens de la communauté. Ce serait évidemment, dans les deux cas, changer en partie les droits matrimoniaux qu'ils avaient à l'époque du mariage, et augmenter ceux de l'un pour diminuer ceux de l'autre; car celui qui enrichit la communauté aux dépens de ses propres augmente la part qu'y doit prendre l'autre lors du partage, et diminue d'autant la sienne, comme aussi celui qui augmente sa fortune personnelle aux dépens de la communauté diminue la part qu'y prendrait l'autre. Disons donc qu'il n'est pas au pouvoir des époux, durant le mariage, d'enrichir la communauté aux dépens de leurs biens propres ou personnels, ni d'enrichir ou augmenter ceux-ci aux dépens de la communauté.

Ces principes étaient suivis sous l'empire des coutumes; on les fondait principalement sur ce qu'il n'était pas permis aux deux conjoints de s'avantager directement ni indirectement durant le mariage.

Cependant on les avait étendus aux coutumes qui permettaient aux conjoints de s'avantager, parce qu'on trouvait qu'il y aurait de l'inconvénient à permettre aux conjoints des avantages qui ne seraient pas l'effet d'une volonté expresse des parties; ce qui est infiniment raisonnable. Il en résulterait des donations tacites auxquelles le plus souvent n'aurait nullement songé celui qui serait censé les faire.

C'est donc sagement qu'en permettant aux conjoints de se faire, durant le mariage, des donations, même très-étendues, quoique toujours révocables jusqu'à la mort du donateur, le Code civil a consacré les anciens principes, qui défendent aux époux de s'enrichir aux dépens de la communauté, et réciproquement d'enrichir la communauté à leurs dépens. La contravention à l'un ou l'autre de ces principes fait naître, en faveur de l'époux lésé ou de ses héritiers, une action en récompense ou indemnité (1).

344. Il y en a donc deux espèces, comme l'on voit. Les unes sont dues lorsque l'un des conjoints a enrichi la communauté aux dépens de ses biens propres, immeubles ou meubles; les autres, lorsqu'il s'est enrichi personnellement aux dépens de la communauté.

Nous parlerons d'abord de la première espèce de récompense, dont on trouve l'exemple le plus remarquable dans l'art. 1433. « S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, *et que le prix en ait été versé dans la communauté,* le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, soit de l'immeuble vendu, soit des services rachetés, » « et dans tous les cas, dit l'art. 1436, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné, » soit que la récompense fût due au mari, soit qu'elle le fût à la femme (2).

345. Autrefois, en Bretagne, on distinguait entre la récompense due au mari et celle due à la femme. La récompense pour la vente des propres du mari se faisait toujours sur le pied du prix de la vente; s'il avait vendu trop bon marché, ce n'était qu'à lui seul qu'il pouvait l'imputer. Mais la femme avait « la récompense de l'aliénation de son propre, en égard à l'estimation des choses vendues, du jour du contrat et consentement par elle prêté. » (Art. 439 de la coutume de Bretagne.)

Cette disposition ajoutée à la coutume, lors de la dernière réformation, par l'avis de d'Argentré, en faveur des femmes, pouvait tourner à leur préjudice, si le prix des immeubles avait, suivant le cours naturel des choses, ou par quelque événement imprévu, augmenté depuis la vente. Le Code a donc fait sagement d'ordonner que, dans tous les cas, soit pour la femme, soit pour le mari, la récompense n'aurait lieu que sur le pied de la vente

L'art. 1436 ajoute : « Quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné; » ce qui n'empêcherait point, toutefois, d'alléguer la fraude, en la prouvant; car les cas de fraude sont toujours exceptés; par exemple, le cas où le prix énoncé dans le contrat serait au-dessous du prix convenu; ce qui arrive quelquefois pour diminuer les droits.

346. Le même article porte que « la récompense du prix de l'immeuble appartenant au

(1) Dalloz approuve cette opinion, v° *Communauté*, n° 351.

(2) *Voy.* Dalloz, *ubi supra*, et Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 352.

mari ne s'exerce que sur la masse de la communauté ; celle du prix de l'immeuble appartenant à la femme s'exerce sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance des biens de la communauté. »

C'est une disposition pleine de justice, étendue par l'art. 1472 à tous les cas où le mari a des reprises à exercer contre la communauté. S'il perd ses reprises, il ne peut imputer qu'à lui seul l'insuffisance d'une communauté dont il était l'administrateur et le maître.

Par la même raison, le mari n'est créancier et n'a de récompense à exercer que de la portion du prix de son immeuble qu'il a fait entrer dans la communauté. C'est même une règle générale, et l'art. 1433 n'accorde la récompense que lorsque le prix de l'immeuble vendu, soit du mari, soit de la femme, *a été versé dans la communauté*. Mais il y a encore ici une différence entre le mari et la femme : si le premier, durant la communauté, a vendu un de ses propres, et que, par sa négligence et l'insolvabilité de l'acquéreur, il n'ait été payé que d'une portion du prix, il ne pourra exercer la reprise que de cette portion. Au contraire, la femme a la reprise de la totalité du prix de son immeuble vendu, tant sur la communauté qu'en cas d'insuffisance sur les biens du mari, quoique le mari ne s'en soit pas fait payer par sa négligence, parce qu'il était administrateur des biens de son épouse, et qu'en cette qualité il est responsable, aux termes de l'art. 1428 ; il charge sa communauté de cette dette, qu'il contracte par sa négligence.

347. Si l'immeuble vendu pendant le mariage était un usufruit propre de l'un des conjoints, soit par sa nature, tel que l'usufruit d'une chose immobilière, soit d'une chose mobilière, mais immobilisée par convention, il en serait dû récompense, sans doute ; mais la récompense ne serait pas due de la totalité du prix de la vente ; il faudrait en déduire, suivant Pothier, n° 592, ce dont la communauté aurait profité des revenus de cet usufruit au delà de l'intérêt légal du prix de la vente, pendant le temps qui a couru depuis la vente qui en a été faite jusqu'à la dissolution de la communauté. Ceci va s'éclaircir par un exemple :

Un mari possédait, avant son mariage, l'usufruit d'un bien valant net 1,000 fr. de rente. Il le vend, pendant le mariage, une somme de 12,000 fr., dont l'intérêt légal est 600 fr. : doit-il avoir, lors du partage de la communauté, la récompense de la somme totale de 12,000 fr. ? Non ; car pour se procurer ce capital, il a fait perdre à la communauté 400 fr. par an dont il lui doit l'indemnité. Si la communauté a duré dix ans depuis la vente de l'usufruit, ces dix années forment une somme de 4,000 fr., qu'il faut déduire de celle de 12,000 fr., prix de la vente ; ce qui réduit sa récompense ou son prélèvement à 8,000 fr.

S'il avait vendu son usufruit 10,000 fr., il aurait fait perdre à la communauté 500 fr. par an, ce qui, pendant dix ans, formerait une somme de 5,000 fr., à déduire sur celle de 10,000 fr. ; ainsi, sa récompense serait réduite à 5,000 fr. On voit par là qu'il peut arriver qu'elle soit réduite à zéro, et que même la communauté éprouve une perte plus ou moins grande par l'effet de la vente de l'usufruit. Cependant il ne lui serait pas dû de récompense ou d'indemnité, parce que le mari, maître de la communauté, peut la diminuer ou même la ruiner par son fait.

Ce que nous venons de dire de la vente de l'usufruit s'applique à la vente d'une rente viagère propre de l'un des conjoints.

348. Pothier, n° 592, dit qu'il n'importe que la dissolution de la communauté soit arrivée par le décès de celui des conjoints à qui appartenait l'usufruit de la rente viagère, ou par celui de l'autre conjoint. La reprise du prix se règle, dit-il, de cette manière en l'un et l'autre cas (1).

Cependant, du temps de Pothier, les opinions étaient partagées sur ce point. Plusieurs savants auteurs pensaient et soutenaient, par des raisons assez spécieuses, que la vente ou l'amortissement d'un usufruit, du douaire d'une femme remariée, par exemple, rend la communauté débitrice de cet usufruit, mais qu'elle ne doit rien au delà ; et qu'ainsi, en cas de survie, la communauté ou les héritiers de son second mari lui devront la continuation de cet usufruit jusqu'à sa mort, pour toute récompense.

Qu'au contraire, si elle prédécède, la communauté ou le mari survivant ne devra rien, puisque par l'événement tous les arrérages du douaire ont appartenu à la communauté ; que la propriété de la somme reçue pour prix de la vente ou de l'amortissement du douaire doit au reste appartenir à la communauté pour indemnité des pertes qu'elle a essuyées sur les revenus de l'usufruit, qui ont diminué plus ou moins l'effet de la vente.

Cette opinion, soutenue par notre savant maître Duparc-Poullain (2), fait, comme on voit, dépendre la question de l'événement de la survie ou du prédécès de l'époux propriétaire de l'usufruit vendu. S'il prédécède, il n'est dû aucune récompense du prix de la vente ; s'il survit, on lui doit la continuation de l'usufruit.

Mais cette opinion, qui paraît fort simple, ne peut d'abord se concilier avec l'art. 1433 du Code, qui accorde pour récompense à l'époux,

(1) Mais *voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 340.

(2) Sur l'art. 438 de la coutume de Bretagne, t. 3, p. 154 et 155, not. N, où l'on trouvera toutes les autorités; *voy.* aussi ses *Principes*, t. 5, p. 187 et 188.

dont pendant le mariage il a été vendu un *immeuble*, expression qui comprend incontestablement un usufruit, le prélèvement du prix de la vente. On ne peut donc admettre, sous l'empire du Code, l'opinion de Duparc-Poullain.

De plus, elle est diamétralement en opposition avec tous les principes en matière de remploi. Nous accordons qu'en suivant l'opinion de Duparc-Poullain, l'héritier de l'époux qui était propriétaire de l'usufruit vendu ne perd rien, puisqu'il se trouve au même état que si l'usufruit n'avait pas été vendu ; mais cela ne suffit pas. Quel est le motif, quel est le but du remploi ou de la récompense? Le motif en est pris dans ce grand principe d'équité que nous avons établi ci-dessus, et qui ne permet pas que la communauté s'enrichisse aux dépens des propres d'un des époux, et le but en est atteint quand l'époux dont le propre a été aliéné retire seul le profit qui en est résulté pour la communauté.

Or l'opinion de Duparc-Poullain tend directement, comme il en convient lui-même, à laisser à la communauté tout le profit qui peut résulter de la vente de l'usufruit, en indemnité des prétendus risques qu'elle a courus. C'en serait assez pour faire rejeter cette opinion, quand d'ailleurs elle ne serait pas inconciliable avec le texte de l'art. 1433 (1).

349. Ce n'est pas seulement la vente des immeubles propres de chaque conjoint qui lui donne le droit d'en reprendre le prix versé dans la communauté. Toute espèce d'aliénation qui a procuré à cette communauté quelque avantage appréciable en argent donne lieu à une reprise en faveur du conjoint dont le propre a été aliéné. Mais aussi, si elle n'a procuré aucun avantage à la communauté, il n'est point dû de récompense. Ainsi, la donation pure et simple que fait un des époux de ses propres ne donne droit à aucune récompense, puisqu'il n'en revient rien à la communauté. Mais s'il a imposé au donataire quelque charge appréciable à prix d'argent, par exemple, celle de payer une dette de la communauté, ou d'en faire remise, celle d'une servitude, ou de la libération d'une servitude en faveur d'un héritage, conquêt de communauté, il aura récompense du montant de la dette, de la valeur de la servitude, à dire d'experts (2).

La donation rémunératoire que fait un des conjoints de ses propres en récompense de services appréciables à prix d'argent donne encore lieu à une reprise, si la récompense de ces services était due par la communauté.

Il n'y a aucun doute à l'égard de la dation en payement d'une dette de la communauté, puisque la dation en payement tient lieu de vente.

350. Ce que nous avons dit sur la récompense du prix de l'usufruit ou de la rente viagère propres de l'un des conjoints, vendus pendant le mariage, doit servir de règle pour la récompense de l'héritage aliéné pour une rente viagère. La reprise due au conjoint propriétaire consiste dans la somme dont les arrérages de la rente viagère, courus depuis l'aliénation jusqu'à la dissolution de la communauté, excèdent les revenus de l'héritage aliéné, qui seraient tombés dans la communauté, si l'héritage n'avait pas été aliéné.

Par exemple, si l'héritage était d'un revenu annuel de 600 fr., et qu'il eût été aliéné pour une rente viagère de 1,200 fr., ce qui excède le revenu annuel de 600 fr., la communauté ayant duré dix ans depuis l'aliénation, la récompense sera de 6,000 fr. pour les dix années ; et si c'est le conjoint propriétaire qui survit, il n'en continuera pas moins de jouir seul de la rente viagère de 1,200 fr.

Si la rente viagère était constituée sur la tête des deux, comme, sous l'empire des coutumes, les époux ne pouvaient s'avantager pendant le mariage, les héritiers du prédécédé, si c'était à lui que l'héritage avait appartenu, avaient le droit de percevoir la rente pendant la vie du survivant; mais sous l'empire du Code, qui permet les donations entre époux, le survivant aurait seul le droit de jouir de la rente.

351. En aliénant son propre par échange contre un autre héritage, si l'un des époux recevait en retour et pour la plus value une somme ou des effets mobiliers versés dans la communauté, il est évident qu'il lui en serait dû reprise.

De même, en aliénant son héritage par bail à rente, si l'un des conjoints reçoit des deniers, il lui est dû récompense, de même que s'il impose au preneur quelque charge dont la communauté ait profité.

352. Nous avons, *supra*, n° 171, réfuté l'opinion de Pothier, qui pense, n° 605, que celui des époux qui a vendu des immeubles dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration doit avoir récompense du prix de la vente, comme ayant enrichi la communauté à ses dépens (3).

353. Enfin, tout contrat, tout acte en vertu duquel la communauté s'enrichirait aux dépens des propres de l'un des conjoints, donne à celui-ci le droit de reprendre la valeur de tout ce dont elle a profité, non-seulement à l'occasion des propres immeubles aliénés, mais en-

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 339; Dalloz, *ubi supra*, n° 5.6; Pothier, n° 592.

(2) *Sur les donations onéreuses*, voyez ce que nous avons dit *supra*, n° 145.

(3) Duranton adopte avec quelques développements l'opinion de Pothier, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 330.

core de toutes les choses mobilières exclues de la communauté par la convention ou par la loi, si elles ont tourné à son avantage.

Nous verrons bientôt quelle est la responsabilité du mari relativement à ces choses (1).

354. La reprise, suivant l'art. 1471, s'exerce par prélèvement (2), et premièrement en faveur de la femme, « d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté : dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers. »

Il paraît qu'il faut suivre cet ordre sans pouvoir l'intervertir, si ce n'est de concert. Ainsi, après l'épuisement de l'argent comptant, le mari ou ses héritiers ne pourraient exiger que le mobilier fût vendu, pour suppléer à ce qui manque en argent comptant aux reprises de la femme. Elle a droit de se faire délivrer des meubles en nature sur le pied du prisage, qui doit être fait, ainsi que celui des immeubles, aux frais de la communauté (3).

Nous verrons dans la section 5, qui traite du partage de la communauté, les questions que peut faire naître l'exercice des reprises; mais c'est ici le lieu d'expliquer ce qui concerne le remploi.

355. L'art. 1433 dit que « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout *sans remploi*, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté. »

Le remploi en jurisprudence, surtout en matière de société conjugale, est le remplacement d'une chose propre de l'un des conjoints qu'on a aliénée ou dénaturée, par exemple, d'un immeuble qu'on a vendu, de bois de haute futaie qu'on a fait abattre, d'une somme ou d'un meuble exclus de la communauté, et qui ne s'y trouvent plus en nature.

Le remploi, ou le remplacement, se fait de deux manières : ou réellement et en nature, en subrogeant une chose en la place d'une autre, par exemple un immeuble en la place de l'immeuble vendu; ou bien en donnant la valeur de la chose qu'il s'agit de remplacer, c'est-à-dire en en payant le prix en argent.

Mais le remplacement réel en choses de même nature est ce que nous appelons proprement *remploi*.

Le remplacement, qui est dû en argent, et qui se fait en payant la valeur de la chose à remplacer, s'appelle ordinairement *récompense* ou *reprise*.

Récompense, parce qu'en effet c'est la récompense, l'indemnité ou le dédommagement de la perte ou de la privation de la chose qui est à remplacer; et reprise, parce qu'elle se fait en reprenant ou prélevant une somme sur la communauté avant le partage. Car c'est après la dissolution de la communauté que s'exercent les récompenses et que se font les prélèvements.

Le remploi proprement dit, celui dont parlent les art. 1433 et suiv., se fait pendant le mariage, lorsque les époux, ayant vendu les propres de l'un d'eux, désirent les remplacer de leur vivant.

356. « Le remploi est censé fait à l'égard du mari, dit l'art. 1434, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui tenir lieu de remploi (4). »

Il en serait de même s'il avait déclaré que l'acquisition est faite de deniers à lui appartenant, exclus de la communauté, soit par le contrat de mariage, soit par l'acte de la donation qui lui en a été faite.

Ces déclarations lient irrévocablement le mari, sans le concours de la femme. Les biens ainsi acquis par lui en remploi lui deviennent personnels et propres, sans qu'il puisse les abandonner ensuite à la communauté, pour exercer de préférence le prélèvement ou la reprise des sommes qui en sont le prix. L'augmentation de valeur, ainsi que la diminution et même la perte totale, demeure à ses charges.

357. Si le prix de l'héritage acquis par le mari pour lui tenir lieu de remploi excédait considérablement le prix de la vente de son propre, l'héritage acquis ne deviendrait propre par la subrogation que jusqu'à la concurrence du prix de la vente.

Par exemple, j'ai vendu mon héritage pour le prix de 12,000 fr.; j'en achète un de 24,000 fr., avec déclaration que c'est pour me tenir lieu de remploi; il ne sera propre que pour moitié; l'autre moitié sera acquêt de communauté.

Si l'excédant du prix de la nouvelle acquisition n'était pas considérable, le mari ne devrait à la communauté que la récompense en argent d'une somme égale à celle qu'il a prise dans la

(1) *Voy.* Dalloz, *ubi supra*, n° 358.

(2) Ce mot n'indique point un privilége de la femme contre les créanciers; il n'est relatif qu'au partage de la communauté, après sa dissolution, dans lequel le conjoint à qui est dû une reprise la *prélève*, c'est-à-dire la prend avant l'autre.

(3) *Voy.* Duparc-Poullain, *Principes du droit français*, t. 5, p. 182, n° 229.

(4) La déclaration exigée par l'art. 1434 du Code civil, pour présumer l'existence du remploi à l'égard du mari, n'est pas exclusive de toute autre preuve, surtout lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'une créance. Brux., 11 juin 1834 (*J. de Belg.*, 1835, 29).

communauté, de plus que celle dont le remploi lui était dû.

Par exemple, si, ayant vendu son héritage 12,000 fr., il en acquiert un pour 13,000 fr., Pothier, n° 198, pense qu'il devrait une récompense de 1,000 fr. Cette opinion est dans l'esprit de l'art. 866, qu'il faut appliquer ici par analogie.

358. Il faut remarquer que la déclaration d'emploi doit être faite *incontinenti*, dans le contrat d'acquêt de l'héritage qu'on veut subroger à l'immeuble vendu; si elle était faite *ex intervallo*, elle ne pourrait imprimer à l'héritage acquis la qualité de propre par subrogation (1). (Art. 1434.)

359. Lorsqu'il s'agit d'un remploi à faire pour les propres de la femme, l'art. 1435 porte :

« La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de remploi, ne suffit point, si ce remploi n'a été *formellement accepté* par la femme; si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu. »

360. Mais la femme peut-elle accepter le remploi, après que la communauté est dissoute?

Cette question fut agitée au conseil d'État, dans la séance du 13 vendémiaire an XII. On proposa de lui permettre d'accepter le remploi, même après la dissolution de la communauté, surtout si elle n'a pas été instruite de la déclaration de remploi faite par le mari dans le contrat d'acquisition. On disait qu'il n'était pas possible d'opposer le défaut d'acceptation à la femme qui n'a pu s'expliquer.

Le savant Tronchet dit que, si cet amendement était adopté, il faudrait le sous-amender, « par la condition que l'immeuble existera en nature dans la communauté, et n'aura pas été hypothéqué; car il est conquêt de communauté, tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas donné la qualité de propre. »

Le conseiller d'État Berlier observa que « tous ces amendements et sous-amendements sont la meilleure preuve de la bonté de l'article; car si la femme, à l'égard de laquelle il n'existe point de vrai contrat, ne peut se prévaloir de la déclaration de son mari que sauf le droit d'autrui, le remploi ne lui offre pas plus d'avantages que l'action ordinaire pour ses reprises, qu'elle peut exercer sur cet immeuble comme sur tous les autres, » sur lesquels elle a, en effet, une hypothèque légale. Cependant l'article fut renvoyé à la section, mais il n'y fut rien changé.

Que conclure de cette discussion? Que l'amendement n'ayant point été adopté, il faut s'en tenir au texte, qui est une conséquence du principe. La déclaration du mari, qu'il entend acquérir pour tenir lieu de remploi à son épouse, n'est qu'une offre, qui doit, dit notre article, être *formellement acceptée*. Ce n'est que l'acceptation de la femme qui forme le contrat, et donne la qualité de propre à l'héritage, qui jusque-là était acquêt de communauté. Or les offres ne lient celui qui les a faites que lorsqu'elles sont acceptées. Le mari pouvait, avant l'acceptation, vendre l'héritage, l'hypothéquer; on en convenait au conseil d'État. En faisant une acquisition, il n'était pas obligé de faire la déclaration de remploi. S'il l'a faite sans en donner connaissance à la femme, c'est que vraisemblablement il voulait se ménager la faculté de rétracter ses offres et d'aliéner l'immeuble sans son concours. Il est impossible, dit-on, d'opposer le défaut d'acceptation à la femme qui n'a pu s'expliquer. Mais que devient cet argument, puisque le mari n'était point obligé de faire, en acquérant, la déclaration de remploi, et que, même après l'avoir faite, il pouvait rétracter ses offres avant l'acceptation? Disons donc que, suivant l'art. 1435, la femme ne peut accepter après la dissolution de la communauté; les choses ne sont plus entières.

361. Après la discussion qu'on vient de lire, et l'opinion de Pothier, n° 200, guide principal des rédacteurs du Code, on ne saurait douter que, si l'acceptation du remploi ne peut être faite après la dissolution de la communauté, époque où les choses n'étant plus entières le contrat ne peut se former, il n'est pas nécessaire du moins que la femme accepte *incontinenti*, et par le contrat même où le mari a déclaré faire l'acquisition pour servir de remploi à sa femme : cette acceptation peut, comme l'acceptation d'une donation (art. 932), être faite *ex intervallo*, et par un acte séparé, jusqu'au moment de la dissolution de la communauté, si le mari n'a point rétracté ses offres.

Cependant Delvincourt, tome 3, page 290, prétend que l'acceptation doit avoir lieu de suite, et ne pourrait être postérieure à l'acquisition. Cette opinion n'a pas fait fortune; elle est combattue par Bellot, *Traité du contrat de mariage*, tome 1, pages 516 et suiv. Nous ne nous arrêterons pas à la réfuter.

Pothier, n° 200, pense avec raison que si la femme avait été partie et présente au contrat où le mari a déclaré que l'acquisition est faite pour tenir lieu de remploi à son épouse, quoiqu'il ne soit pas dit formellement qu'elle l'accepte, sa présence et sa signature sont une acceptation suffisante, et l'on n'en saurait douter, même sous l'empire de l'art. 1435, qui exige une acceptation formelle (2). Il est certain que celui qui souscrit un contrat rédigé en sa pré-

(1) Bourges, 26 avril 1837; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 392.

(2) Brux., 10 fév. 1818 et 22 avril 1840; Zachariæ, § 507, note 47; *contra*, Battur, n° 212.

sence accepte les clauses qu'il contient et y consent. On peut même remarquer que l'art. 1455 n'exige point que l'acceptation *soit en termes exprès,* comme l'exige, à l'égard des donations, l'art. 952; mais la déclaration est indispensable : autrement la femme n'aurait point un droit de remploi sur l'héritage acquis, mais seulement un droit d'hypothèque.

562. Nous avons dit que la déclaration d'emploi ou remploi n'est qu'une offre, et que, par conséquent, le mari peut la rétracter avant l'acceptation.

Il est cependant un cas où le mari ne pourrait rétracter sa déclaration, quoique le remploi ne fût pas encore accepté par la femme : c'est le cas où il a été stipulé par le contrat de mariage que l'assiette ou le remploi des sommes réputées propres à la femme, ou provenues du prix de ses propres aliénés pendant le mariage, aurait spécialement lieu de plein droit sur le premier acquêt fait depuis le mariage ou depuis l'aliénation des propres. Une pareille stipulation n'a rien que de légitime, et doit être exécutée. Si donc le mari, dans le premier contrat d'acquisition qu'il fait depuis le mariage ou depuis la vente des propres de sa femme, déclare qu'elle est faite pour tenir lieu de remploi à son épouse des sommes qui lui sont réputées propres, ou qui sont provenues de l'aliénation de ses immeubles personnels, il ne peut rétracter cette déclaration, qui n'est que l'exécution de son contrat de mariage, à laquelle même il pourrait être forcé.

563. Il nous semble même qu'en ce cas la femme peut, ainsi que ses héritiers, se prévaloir, après la mort de son mari, de la déclaration d'emploi faite dans le contrat d'acquisition, et revendiquer l'héritage comme propre, quand même elle renoncerait à la communauté. On ne pourrait opposer, en ce cas, qu'elle n'a point accepté ce remploi, puisqu'il est spécialement stipulé par son contrat de mariage, qui a bien tout au moins la force d'une procuration, et même d'une procuration solennelle. La femme elle-même ne pourrait se dispenser d'accepter le remploi fait en ce cas par son mari prédécédé, non-seulement en qualité et comme procureur de droit, mais encore en qualité de procureur spécial.

La femme serait même obligée de recevoir l'immeuble en remploi sur le prix de l'acquisition, sans pouvoir le refuser, sous prétexte que le prix en est trop élevé; car en chargeant le mari de faire l'emploi des sommes stipulées propres, ou qui sont provenues de la vente de ses immeubles personnels, la femme et les parents qui ont fourni la dot ont suivi sa foi, et lui ont donné un plein pouvoir d'acquérir au prix qu'il jugerait convenable, sans lui prescrire le taux auquel il pourrait acheter. Ainsi, en acquérant l'héritage pour sa femme, quel que soit le prix qu'il l'ait acheté, il n'a point excédé les bornes de son mandat (1), pourvu toutefois qu'il n'y ait pas de fraude ou qu'il n'ait pas, dans la vue de favoriser le vendeur, acquis à un prix tellement excessif que l'excès dégénère en fraude.

564. Toutes ces décisions nous paraissent des conséquences directes et nécessaires des principes du droit et des dispositions du Code. Cependant comme quelques auteurs en voudraient douter (2), nous croyons devoir les développer davantage. La question est de savoir si, lorsqu'il est stipulé dans le contrat de mariage que l'emploi ou le remploi des deniers dotaux de la femme, ou provenus du prix de ses immeubles vendus, sera fait en héritages et aura lieu de plein droit sur le premier acquêt, il est nécessaire que la femme accepte le remploi, ou si le mari peut le faire seul, sans son concours.

On convient que la solution dépend du point de savoir si le mari est réellement constitué de plein droit mandataire de la femme. Or il est certain qu'à défaut de la clause insérée dans le contrat de mariage, que les deniers de la femme seront employés en héritages, le mari, qui veut en acquérir pour remploi ou emploi de deniers de son épouse, ne peut seul opérer ce remploi, ni la forcer, quelque déclaration qu'il fasse, d'accepter pour remploi ou emploi une propriété qui ne lui convient pas; il faut une acceptation formelle pour l'en rendre propriétaire. L'article 1455 le dit expressément.

Mais pourquoi cela? Parce qu'on ne peut forcer personne d'acquérir; parce que le mari, quelque déclaration qu'il fasse, n'agit que comme un gérant volontaire, *negotiorum gestor*, et que la gestion des affaires d'autrui ne peut lier celui dont on se proposait de faire les affaires que par sa ratification ou acceptation.

Au contraire, lorsque le contrat de mariage contient la condition que les deniers de la femme seront placés en héritages, et que le premier acquêt servira de plein droit d'emploi, on ne peut pas dire qu'en déclarant acquérir un immeuble pour tenir lieu de remploi à son épouse, en exécution de son contrat de mariage, le mari n'agisse que comme un simple *negotiorum gestor*. Il agit comme un véritable mandataire; il remplit une obligation à laquelle il ne peut se refuser sans s'exposer à une demande

(1) La loi 3, § 1, ff. *mandat.*, 17, 1, porte : « Si mandavi tibi ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quidquam statui, tuque emisti, utrinque actio nascitur. » *Voy.* Pothier, *du Mandat*, n° 91.

(2) Bellot, *Traité du contrat de mariage*, t. 4, p. 73-87.

en séparation de biens, comme mettant la dot en péril, faute de donner les sûretés promises, en ne remplissant point les conditions de son contrat : on en convient.

Voilà donc deux cas bien différents : celui où le mari agit comme *negotiorum gestor;* celui où il agit comme mandataire forcé : il doit donc aussi en résulter des effets différents.

Dans l'un, la femme n'est point liée par ce qu'a fait son mari; il faut sa ratification ou son acceptation.

Dans l'autre, la ratification est inutile. Son consentement est forcé; car ce qui est fait par le mandataire, dans les bornes de son mandat, est censé fait par le mandant lui-même : *factum procuratoris factum partis;* il ne reste que le désaveu. Or la femme ne peut désavouer son mari; la clause de son contrat de mariage s'y oppose.

L'art. 1435 est applicable au premier cas; il exige avec raison l'acceptation de la femme.

L'art. 1553 s'applique aux deux cas, et indique les effets différents qu'ils produisent. La première disposition porte : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal. »

Non, sans doute, quand le mari n'était point chargé de les employer. Il n'y a point alors de remploi sans l'acceptation de l'épouse.

Mais la seconde disposition ajoute : « Si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage : » donc, si la condition a été stipulée, l'immeuble acquis est dotal, et sert d'emploi ou de remploi.

Pourquoi cela?

Parce qu'alors le mari n'a agi qu'en vertu d'un mandat, pour exécuter son contrat de mariage, et que, par conséquent, l'emploi est censé fait par la femme elle-même, qui ne peut désavouer son mari, tant qu'il s'est tenu dans les bornes de son mandat.

Ces dispositions sont conformes à la raison et aux principes du droit romain, comme l'enseigne Pothier, *Traité du mandat*, n° 91. Si le mandant charge le mandataire de lui acheter un héritage, « sans lui limiter le prix, le mandataire, en ce cas, en achetant tel héritage pour le compte du mandant, quel que soit le prix pour lequel il l'achète, est dans les bornes du mandat, et ne peut paraître s'en être écarté. *Si mandari tibi ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quidquam statui, tuque emisti, utrinque actio nascitur.* (L. 3, § 1, ff. *mandati*, 17, 1.) Pourvu néanmoins que le prix pour lequel il l'a acheté ne soit pas un prix immense, etc. »

Ainsi, la disposition de nos art. 1435 et 1553 est conforme aux principes du droit commun; elle n'en est que la conséquence et l'application. Pour l'éluder, on a recours à des subtilités. Peut-on induire, dit-on, des expressions de l'art. 1553, que le mari est constitué mandataire à l'effet de faire seul l'emploi des deniers de la femme? Cet article n'a eu en vue que de permettre l'emploi, quand il est stipulé par le contrat de mariage. Le mari peut, dans ce cas, il est vrai, être forcé de faire l'emploi. Mais l'article ne dit pas qu'il pourra faire seul, sans le concours de la femme, l'emploi stipulé. Supposons que la stipulation porte que les deniers de la femme seront employés en héritages; supposons même qu'il soit dit que *le mari* fera l'emploi; faut-il en conclure qu'il reçoive par là le pouvoir de le faire seul? Oui, sans doute, puisque la loi le reconnait pour seul administrateur des biens de la femme, même des biens dotaux. « Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. » (Art. 1549.) Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs, d'en percevoir les fruits, de recevoir le remboursement; il peut exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme.

D'après cela, voulez-vous le soumettre au *veto* de la femme, pour l'exécution de son contrat de mariage; exécution à laquelle vous convenez qu'il peut être forcé? C'est aller contre le vœu de la loi, qui a donné la voix décisive au mari, avec bien de la raison; car, dans une société composée de deux personnes, il faut bien que l'une d'elles ait la prépondérance.

365. Autrefois, en Bretagne, on distinguait : si le contrat de mariage portait que le remploi aurait lieu sur le premier acquêt, au prix de l'acquisition, cette disposition devait être exécutée; mais s'il était dit simplement que le remploi aurait lieu sur le premier acquêt, sans ajouter que le prix servirait de règle, la femme pouvait exiger que le remploi ne fût fait que suivant un prisage en forme (1). On était, sur les remplois faits pendant le mariage, d'une sévérité excessive. L'acceptation du remploi, faite par la femme, même majeure, ne suffisait pas pour le rendre stable. S'il y avait, dit Duparc-Poullain, la moindre lésion, les héritiers du mari, à plus forte raison ceux de la femme, pouvaient demander la restitution dans les dix ans depuis la dissolution du mariage. Tout remploi, toute assiette de deniers dotaux de l'un ou l'autre des conjoints pendant le mariage, étaient suspects d'avantage indirect, et, pour en assurer la stabilité, les formalités les plus rigoureuses étaient nécessaires; il fallait même que la femme fût autorisée de justice, et quelques formalités que l'on eût suivies, on admettait la revue des prisages pendant le délai d'un an, qui ne courait point durant le mariage.

Le Code civil a banni toutes ces rigueurs déraisonnables, en faisant disparaître ce soupçon d'avantages indirects qui leur servait de fondement ou de prétexte. Les époux, qui, sui-

---

(1) *Voy.* Duparc-Poullain, sur l'art. 438 de la coutume de Bretagne, t. 3, p. 150, à la note. *Voy.* aussi ses *Principes de droit*, t. 5, p. 189.

vant l'art. 1094 du Code, peuvent se donner, pendant le mariage, tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger, peuvent, à plus forte raison, faire comme bon leur semble le remploi de leurs propres aliénés et des sommes stipulées propres, qui n'entrent point en communauté. Pour cet effet, trois voies leur sont ouvertes par le Code.

366. 1° La déclaration de remploi, dont les art. 1434, 1435 et 1555 tracent les règles, et dont nous venons de parler; déclaration que le mari peut même faire seul, mais qui ne suffit point, si elle n'est acceptée par la femme, lorsque c'est son propre qu'il s'agit de remplacer, à moins que le remploi ne soit stipulé par le contrat de mariage.

2° Le remploi autorisé par l'art. 1595, et qui se fait par une vente ou cession que l'un des époux fait à l'autre, pour lui tenir lieu de remploi de ses immeubles aliénés, ou des sommes qui ne devaient pas entrer en communauté, et qui cependant y ont été versées.

Nous avons expliqué cet art. 1595, *supra,* n° 41, et nous y renvoyons pour éviter les répétitions inutiles.

Rien ne paraît plus sage que sa disposition, qui est de droit nouveau, et qui donne aux époux les moyens de régler leurs droits respectifs de leur vivant et durant le mariage; de liquider et solder ce qu'ils se doivent mutuellement, et d'épargner ainsi au survivant l'embarras d'en faire, avec les héritiers du prédécédé, une liquidation où se mêle presque toujours de l'aigreur, et qui fait souvent naître des procès scandaleux, surtout lorsqu'il existe des enfants de plusieurs lits.

L'art. 1595 parle du cas où l'un des conjoints cède à l'autre *des biens* pour lui tenir lieu de remploi de ses immeubles aliénés ou de ses deniers réalisés; mais doit-il s'entendre seulement des biens personnels de celui qui fait la cession? Ne doit-il pas s'étendre à la cession d'un conquêt faite par le mari à son épouse, pour cause légitime? Par exemple, il a été vendu des biens propres de la femme, et il a été fait des conquêts, sans qu'on ait déclaré qu'ils ont été faits avec les deniers provenus de la vente des biens de la femme et pour lui tenir lieu de remploi, ou bien ces conquêts ont été faits avant la vente des propres. Le mari ne peut-il pas, de concert avec sa femme acceptante, lui céder pour son remploi des conquêts sur le prix de l'acquisition?

Quant à nous, nous n'en doutons pas, et nous ne trouvons aucun motif solide d'en douter. Le texte de l'art. 1595 n'a rien de contraire à cette opinion. Il dit que le mari peut céder *des biens* à son épouse pour cause légitime, par exemple, pour le remploi de ses propres; mais il ne limite point cette cession à ses biens personnels. Or il serait fort étrange, pour ne rien dire de plus, que le mari, qui peut vendre les conquêts de communauté à un étranger sans le consentement de sa femme, ne pût pas les céder à cette dernière pour une cause aussi légitime qu'un remploi. Aucune loi, aucune raison de droit, ne le défendent. Nous en concluons avec confiance qu'il le peut; nous pensons même qu'une telle cession est très-favorable. Nous ne vivons plus sous les usages de Bretagne, qui rendaient presque impossibles les remplois faits pendant le mariage.

Mais ce que nous venons de dire s'appliquerait-il au cas où le remploi serait dû au mari, qui a omis de faire la déclaration de remploi en faisant un conquêt?

La raison d'en douter est que la femme, n'ayant aucun droit aux conquêts avant la dissolution de la communauté, ne pourrait les céder à son mari pendant le mariage; ce ne serait point une cession du nombre de celles qui sont autorisées par l'art. 1595.

Néanmoins, sous l'empire du Code, qui ne défend plus aux époux toute espèce de contrat ou d'arrangement entre eux, *nisi ex necessitate,* nous sommes porté à croire qu'un pareil arrangement ne pourrait être annulé, si d'ailleurs il ne contenait pas d'autres vices. De pareilles conventions, qui tendent à maintenir la paix et à empêcher qu'elle ne soit troublée après la mort de l'un des époux, sont si favorables! Et si elles ne sont pas précisément autorisées par l'art. 1595, on peut tirer de son esprit des raisons d'analogie très-fortes. Ne faut-il pas que tout soit égal entre les deux époux? et puisque le mari peut céder des conquêts en remploi à son épouse acceptante, quoiqu'il n'ait pas fait la déclaration d'emploi dans le contrat d'acquisition, pourquoi la femme ne pourrait-elle pas consentir qu'il en fût donné à son mari pour la même cause, et réparer ainsi de concert l'omission qu'il a faite de se conformer à l'art. 1434?

Ceci n'a rien de contraire à ce que nous avons dit *supra,* n° 358, que si la déclaration d'emploi est faite *ex intervallo,* elle ne peut imprimer au conquêt la qualité de propre. Elle ne le peut, sans doute, quand elle est faite par le mari seul; mais lorsqu'elle est faite de concert avec la femme, seule intéressée de l'empêcher, il nous paraît qu'il en doit être autrement.

La question s'étant présentée à consulter dans nos cabinets, avec l'un de nos plus savants confrères, que sa grande expérience et sa prudence naturelle ont habitué à une grande circonspection dans ses opinions, il n'en partagea pas moins la nôtre avec une pleine conviction.

3° Comme toutes les conventions matrimoniales sont permises et autorisées, lorsqu'elles ne sont contraires ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, on peut, par contrat de mariage, régler d'avance comment et sur quels biens s'exécuteront les remplois ou récompenses qui pourront être dues par l'un des époux à l'autre, en cas

d'aliénation de propres ou de sommes réputées propres, ou exclues de la communauté. Ces conventions doivent être exécutées rigoureusement et à la lettre.

367. On peut donc encore aujourd'hui, comme autrefois, stipuler, dans le contrat de mariage, que l'emploi des deniers réputés propres, soit à la femme, soit au mari, ou le remploi des immeubles vendus pendant le mariage, aura lieu de plein droit, jusqu'à due concurrence, sur le premier acquêt qui sera fait après le mariage ou après l'aliénation de l'immeuble, et sur le pied de l'acquisition, et cette stipulation doit être exécutée sans difficulté.

Nous pensons même que quoiqu'on n'ait pas ajouté que l'emploi ou le remploi aurait lieu au prix de l'acquisition, c'est néanmoins ce prix qui doit servir de règle, et c'est ce qui paraît résulter de nos art. 1434 et 1435. Il ne peut plus être aujourd'hui nécessaire de ces prisages, exigés dans les usages de Bretagne, sur le simple soupçon d'avantages indirects.

Mais la stipulation faite dans le contrat de mariage de l'emploi ou remploi sur le *premier acquêt*, au prix de l'acquisition, jusqu'à due concurrence, doit-elle avoir son effet de plein droit, même sans déclaration d'emploi?

Il ne peut, dans l'intérêt de la femme, y avoir de doute contre le mari (1), qui ne doit pas rester le maître d'exécuter ou non son contrat de mariage. La femme aurait un juste motif de se plaindre, et il y aurait même une sorte de fraude de la part du mari, si, trouvant un héritage à vendre à un prix avantageux, au lieu de l'acquérir pour sa femme, au moyen d'une déclaration d'emploi ou de remploi, il préférait l'acquérir pour la communauté, dans la vue de partager le bénéfice du bon marché. La femme pourrait donc, à la dissolution de la communauté, réclamer l'héritage, comme subrogé à son propre, ou comme acquis de ses deniers réputés propres.

Au contraire, le mari, ni ses héritiers, ne pourraient contraindre la femme à l'accepter pour remploi. Il doit se reprocher de n'avoir pas fait la déclaration, conformément à son contrat de mariage. Faute de cette déclaration, la femme ne pouvait devenir propriétaire de l'héritage acquis que par son acceptation, qui eût consommé le remploi. D'où il suit que la déclaration n'ayant point été faite, ni le remploi consommé par une acceptation de la femme, elle ne pourrait attaquer la vente de cet immeuble faite par le mari avant sa mort, ni faire valoir contre les créanciers les réclamations qu'elle est fondée à faire contre le mari ou ses héritiers. Elle serait réduite, à l'égard des créanciers, à faire valoir ses droits d'hypothèque.

368. Nous avons dit *supra*, n° 111, que l'action en remploi ou récompense de deniers dotaux, ou de sommes réputées propres, étant mobilière de sa nature, entrait par conséquent dans la seconde communauté du conjoint, à qui elle appartiendrait, s'il ne l'avait pas exercée avant de se remarier. Celle qui appartient à l'un des conjoints dont les propres ont été aliénés pendant le mariage est aussi mobilière, et tomberait également dans le don universel des meubles qu'il ferait à l'autre avant sa mort (2).

369. Mais en serait-il de même s'il était stipulé par le contrat de mariage que l'action de remploi *serait de nature propre et immobilière?*

Cette clause autrefois usitée, et que quelques notaires insèrent encore par routine dans les contrats de mariage, ne peut changer en rien l'ordre légal de la transmission des biens en matière de succession; l'art. 1389 s'y oppose.

Cependant, si dans le même contrat de mariage où il était stipulé que les actions en remploi seraient de nature propre et immobilière, un des époux faisait à l'autre la donation de tous ses meubles et objets mobiliers sans distinction, la cour de Paris, par arrêt du 18 décembre 1819, a fort bien jugé que ces deux clauses devaient s'interpréter l'une par l'autre, et que la donation du mobilier ne pouvait s'étendre à l'action de remploi. C'était en effet comme si le donateur avait dit: Je vous donne tous les biens, meubles et effets mobiliers que je posséderai à mon décès, excepté l'action en remploi, que je viens de déclarer par le présent immobilier.

Mais si la donation de tout le mobilier avait été postérieure au contrat de mariage, faite, par exemple, par testament, nul doute que l'action de remploi y eût été comprise: *Posteriora derogant prioribus*.

370. Nous avons dit que, suivant les art. 1434 et 1435, le remploi est censé fait lorsque, lors d'une acquisition, on a déclaré qu'elle était faite *des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble*, des deniers provenus de l'immeuble *vendu*, etc. La cour de Paris en a fort bien conclu qu'on ne peut valablement faire par anticipation le remploi d'un immeuble qui n'est pas encore vendu. Ainsi, en faisant une acquisition, on ne peut valablement stipuler que les biens acquis par les époux tiendront lieu de

(1) Duplessis, *Traité de la communauté*, liv. 2, sect. 2, p. 449.

Ceux qui voudront voir ce que nos anciens auteurs ont dit sur la stipulation d'emploi ou de remploi des deniers dotaux, ou des deniers provenus des propres aliénés, peuvent consulter Duplessis, *ubi supra;* Duparc-Poullain, sur l'art. 438, not. 2, et les auteurs qu'il cite.

(2) *Voy.* le *Répertoire* (édit. Tarlier), v° *Legs*, sect. 4, § 2, n° 4.

remploi aux propres de l'épouse, qui pourront être ultérieurement aliénés. En effet, le remploi est un remplacement d'une chose qu'on met en la place d'une autre. Il est donc contraire à la nature qu'on mette une chose à la place d'une autre qui n'est pas déplacée, qui occupe encore sa place.

Mais on peut très-bien, par contrat de mariage, stipuler que, s'il est vendu des propres de la femme, le remploi en sera fait jusqu'à due concurrence sur les immeubles du mari. On peut même désigner l'immeuble, et déterminer le taux du remplacement, et dire, par exemple, que s'il est vendu des propres de la future pendant le mariage, il en sera fait assiette et remploi jusqu'à due concurrence, sur telle terre appartenant au futur, sur le pied des fermages au denier vingt.

371. L'art. 1435 exige pour le remploi que la déclaration du mari porte que l'acquisition est faite des deniers de la femme et pour leur servir d'emploi ; mais s'il était prouvé que l'immeuble acquis n'a pas été payé de ces deniers, pourrait-on, nonobstant la déclaration du mari et l'acceptation de la femme, se prévaloir de cette circonstance pour contester à la femme la propriété exclusive de l'héritage acquis et accepté pour remploi?

Par exemple, le mari acquiert le fonds Cornélien, en déclarant que c'est pour servir de remploi aux propres vendus de son épouse, qui intervient pour accepter le remploi. Le mari meurt sans avoir payé le prix de l'acquisition. Ses héritiers, qui la trouvent avantageuse, peuvent-ils, sous ce prétexte, en contester à la femme la propriété exclusive, en disant qu'il est prouvé que le prix n'en a point été payé des deniers de la femme, comme l'exige l'art. 1435 ; qu'ainsi l'emploi est demeuré imparfait, et n'a point été consommé, et qu'elle n'a qu'une récompense à exercer sur les meubles, en tout cas en argent?

Non sans doute. La femme ayant accepté le remploi sur la déclaration de son mari, la disposition de l'art. 1435 s'est trouvée remplie, et dès lors il n'a pu dépendre du mari seul de porter atteinte à un engagement synallagmatique, en négligeant d'acquitter le prix de l'acquisition, comme il s'y était obligé. Ainsi la validité du remploi est constante, et la veuve en est seule propriétaire.

La cour de cassation a consacré ces principes dans un arrêt du 6 décembre 1819, quoique dans une espèce différente. Le prix de l'acquisition avait été payé en entier par le père de la femme, qui était de moitié dans l'acquisition. Il s'agissait d'un contrat antérieur au Code ; mais la cour déclara dans ses considérants que l'arrêt eût été le même sous l'empire de la nouvelle loi.

372. Il reste à examiner une question qui pourrait servir de transition du régime en communauté au régime dotal, lesquels ont entre eux plus d'analogie qu'on ne le pense communément. La simple stipulation que la femme se constitue, ou apporte des biens *en dot*, ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal (art. 1392); car la dot sous ce régime, comme sous celui de la communauté, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. (Art. 1540.)

Ces biens, sous le régime dotal, sont inaliénables pendant le mariage, et ne peuvent être aliénés ni hypothéqués, ni par la femme, ni par le mari, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions spécifiées dans la loi. (Art. 1554.) Il suffit pour cela que les époux aient déclaré se marier sous le régime dotal. Au contraire, les biens que la femme apporte à son mari, sous le régime de la communauté, pour soutenir les charges du mariage, sont aliénables par la femme autorisée de son mari. C'est la règle générale, à laquelle on ne trouve dans la loi aucune exception.

Mais n'en peut-on pas faire une, par la convention matrimoniale? Ne peut-on pas, par exemple, après avoir déclaré par contrat de mariage qu'on se marie sous le régime de la communauté, stipuler dans le contrat que les biens immeubles que possède la future, et ceux qui lui écherront dans la suite, par succession ou autrement, ne pourront être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par elle, ni par son mari, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions de droit?

Le principe ancien dans cette matière, consacré par l'art. 1497, est que « les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390. »

On peut donc, sous le régime de la communauté, stipuler par contrat de mariage l'inaliénabilité des biens immeubles de la femme, comme la loi l'a établie sous le régime dotal. C'est une précaution prudente que peut suggérer aux parents la connaissance du caractère de leurs enfants, et le désir de transmettre leurs biens à leurs petits-enfants.

Nous ne voyons pas qu'on puisse opposer contre cette stipulation aucune objection solide. Opposerait-on qu'elle pourrait devenir un moyen de fraude contre les tiers de bonne foi qui auraient acquis dans l'ignorance du contrat de mariage de la femme et de ce qu'il contient? Mais la prudence leur permettait-elle d'acquérir sans le connaître et sans se le faire représenter? La même objection peut se reproduire contre l'inaliénabilité des biens de la femme sous le régime dotal, en faveur de ceux qui auraient acquis dans l'ignorance du contrat de mariage, et qui n'en sont pas moins exposés à voir révoquer l'aliénation. (Art. 1560.) Vainement allégueraient-ils leur ignorance : ce n'est qu'à eux-mêmes, à leur imprudence, qu'ils la doivent imputer. L'inaliénabilité des immeubles

de la femme, stipulée par le contrat de mariage, sous le régime de la communauté, doit donc produire les mêmes effets que l'inaliénabilité des biens dotaux établie par le Code.

La cour suprême a suivi ces principes dans un arrêt du 22 novembre 1820 dont voici l'espèce : L'art. 6 d'un contrat de mariage portait « que les immeubles qui écherront aux époux leur demeureront propres, sans que pour cela ceux de la femme soient considérés comme dotaux; qu'ils pourront être aliénés à la charge d'un bon et valable remplacement. »

Il s'agissait de savoir si la vente des biens de la femme faite sans remplacement était nulle, et la cour royale de Caen avait jugé l'affirmative. On s'était pourvu contre son arrêt, mais le pourvoi fut rejeté par les considérations suivantes :

« Attendu que la solution de la question qui divise les parties dépendait uniquement du sens et de l'entente à donner à l'art. 6 du contrat de mariage;

» Que la cour de Caen, en décidant que la permission d'aliéner ne pourrait être séparée de l'obligation expresse imposée au mari de faire incontinent le remplacement du prix de la vente, a fait une juste interprétation de la clause portée au contrat de mariage;

» Attendu d'ailleurs qu'en supposant que cette interprétation fût erronée, elle échappe à la censure de la cour; par ces motifs, rejette. »

Cet arrêt est d'autant plus remarquable que la cour suprême pouvait très-bien rejeter le pourvoi en se bornant au second motif, et que par conséquent elle n'a pu user du premier que parce qu'il lui paraissait utile de faire connaître son opinion et ses principes sur la validité de la clause d'inaliénabilité (1).

373. Il est encore une question dont la solution peut achever de faire connaître l'esprit des dispositions du Code sur la communauté légale. L'art. 1433 porte que « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux..., et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. » On demande si, par le contrat de mariage, les époux peuvent renoncer à ce prélèvement, et stipuler que s'il est vendu, durant le mariage, quelque immeuble appartenant à l'un d'eux, il n'y aura lieu au prélèvement du prix de la vente sur la communauté où il aurait été versé?

Nous ne saurions douter que cette stipulation ne fût valide et ne dût être exécutée. Elle ne contient rien de contraire aux art. 1387, 1388, 1389 et 1390. Elle est par conséquent légitime, aux termes de l'art. 1497.

Objecterait-on que c'est renoncer d'avance à un droit qui n'est pas encore acquis, ce que les lois ne permettent pas de faire? La réponse est que ce n'est point renoncer à un droit non encore acquis, mais plutôt empêcher que ce droit ne puisse naître.

L'art. 1433, qui accorde le prélèvement du prix de l'immeuble vendu, suppose l'existence de la communauté légale, telle qu'elle est établie par le Code. Mais outre l'art. 1497, qui permet aux futurs de la modifier comme bon leur semble, l'art. 1387, le premier de ce titre, commence par poser le principe fondamental de la matière. Il porte : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs. » Or la stipulation qui porte qu'il n'y aura pas lieu au prélèvement, sur la communauté, du prix de l'immeuble de l'un des époux, vendu durant le mariage, n'a rien de contraire aux bonnes mœurs. C'était même autrefois le droit commun, et c'est de là qu'était venu le proverbe « que le mari se devait relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme (2). »

Il est vrai que de cette stipulation pouvait résulter un avantage indirect, une véritable donation en faveur de l'autre époux; et c'est pour cela que l'ancien droit fut aboli par l'article 232 de la nouvelle coutume de Paris, dont la disposition, dit Pothier, n° 585, « est principalement fondée sur ce principe, qu'il n'est pas permis à l'un des conjoints par mariage d'avantager l'autre à ses dépens durant le mariage. » Mais il en est autrement sous l'empire du Code, qui laisse aux conjoints la faculté de s'avantager. Il n'y a donc nul prétexte pour rejeter la convention matrimoniale qui porterait que, s'il est vendu un immeuble de l'un des conjoints pendant la communauté, il n'y aura pas lieu au prélèvement du prix sur la communauté où il a été versé.

SECONDE PARTIE.

De la puissance du mari sur les biens personnels de la femme.

SOMMAIRE.

374. Quels sont les biens personnels de la femme, et combien on en distingue d'espèces.

375. Par le mariage, tous les biens de la femme passent, avec sa personne, sous la puissance maritale, qui a moins de force sur les biens que sur la personne, et pourquoi.

---

(1) Bellot, t. 1, p. 22, 24; *Pandectes françaises*, sur l'art. 1398; Delvincourt, t. 3, *passim*; Rolland, v° *Communauté*, n°s 629 et suiv.; Dalloz, *eod. verbo*, n° 732.

(2) Loisel, *Règles du droit français*, liv. 1, tit. 2, règ. 14.

574. Après avoir traité de l'administration de la communauté, nous passons, dans cette seconde partie, à l'administration des biens *personnels* de la femme. Le Code appelle ainsi les biens dont le fonds n'entre point dans la communauté, comme nous l'avons dit *supra*, n° 214, en expliquant le § 3 de l'art. 1409, qui ne fait entrer dans le passif de la communauté que les arrérages et intérêts des rentes et dettes passives *qui sont personnelles aux deux époux*.

Pothier (1) dit qu'on distingue les biens de la femme en *biens de communauté* et en biens propres. C'est une inexactitude échappée à ce grand jurisconsulte, qui, dans cent endroits de son ouvrage, enseigne avec raison que la femme n'a aucun droit actuel sur les biens de la communauté, qu'elle n'a que l'espérance d'y avoir part : *Non est proprie socia, sed tantum speratur fore*.

Il n'y a point d'autre distinction à faire entre les biens de la femme que celle qui est commune à tous les biens, quel qu'en soit le propriétaire ou le possesseur. Ils se divisent naturellement en meubles et en immeubles.

575. Tous les biens de la femme qui se marie sous le régime de la communauté légale passent de plein droit, avec sa personne, sous la puissance du mari. Mais les droits que lui donne cette puissance sur les biens ont beaucoup moins de force que ceux qu'elle lui donne sur la personne de la femme. La puissance du mari sur la personne de la femme tient à l'ordre public, et c'est pourquoi « les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur *la personne de la femme*. » (Article 1388.) Au contraire la loi ne règle les droits de la puissance maritale *sur les biens* qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire, en se mariant, comme ils le jugent à propos (2).

Ce n'est donc qu'à défaut de ces conventions spéciales permises par la loi, qu'après avoir établi les droits du mari sur les biens dits de la communauté, le Code, dans les art. 1428 et suivants, établit ses droits sur les biens *personnels* de sa femme, c'est-à-dire sur ceux qui ne sont pas entrés dans la communauté.

576. Il faut, à cet égard, faire une distinction importante entre les meubles et les immeubles. La femme, en se mariant sous le régime de la communauté légale, telle qu'elle est établie par le Code, perd irrévocablement la propriété de tous ses biens meubles, corporels et incorporels, présents et futurs, pour la conférer à son mari, sous la condition et dans le simple espoir de partager la masse des biens meubles qui existeront dans la communauté à la dissolution du mariage, ainsi que les acquêts qui auront été faits pendant sa durée. Ce sont ces biens, joints aux meubles qu'avait alors le mari, qui composent ce qu'on appelle la *communauté*, que l'on peut définir une convention tacite par laquelle la femme renonce à la propriété de tous ses biens meubles, présents et futurs, pour la conférer à son mari, qui les confond avec ses biens propres, et dispose du tout à son bon plaisir, sans qu'elle reçoive de lui, en retour, autre chose que l'espoir de partager la masse de ces biens, s'il en reste à la dissolution du mariage, en payant la moitié des dettes.

577. Mais ce n'est qu'à défaut de conventions spéciales contraires que la femme perd ainsi la propriété de tous ses biens meubles ; elle peut la conserver, en les excluant en tout ou en partie des biens dits de la communauté. C'est ce que les auteurs appellent *les réaliser, clause de réalisation ;* expression dont le Code a évité de se servir (3). Les biens meubles de la femme ainsi réalisés ou exclus de la communauté lui demeurent donc propres (4).

578. Cependant Pothier prétend qu'elle n'en perd pas moins la propriété, et qu'ils ne diffèrent des biens mis en communauté qu'en ce que la femme ou ses héritiers sont créanciers de la reprise ou de la valeur de ces biens ; que le mari n'a pas moins le droit de disposer à son gré de ces biens que de ceux de la communauté; que la clause d'exclusion ou de réalisation ne laisse à la femme qu'une créance pour la reprise et un *privilége* sur les effets qui se trouvent encore en nature dans la possession du mari ou de sa succession pour le payement de la reprise qui lui est due (5). Telle est la doctrine de ce savant auteur, dans son *Traité de la puissance du mari*.

Il y revient encore dans le *Traité de la communauté*, n° 325. « Le mari, dit-il, comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réalisés. La réalisation de ces meubles et leur exclusion de la communauté ne consistent que dans une créance de reprise de leur valeur... contre la communauté, dans laquelle *ces meubles réalisés se sont confondus*, et c'est à cette créance de reprise que la qualité

(1) *Traité de la puissance du mari*, n° 81.

(2) *Voy.* les art. 1387, 1497, 1527.

(3) *Voy.* la sect. 2 de la 2e part. du présent titre; Pothier, n° 315; le *Répertoire de jurisprudence* de Merlin (édit. Tarlier), v° *Réalisation ;* Bellot, t. 3, p. 103; Rolland, v° *Communauté*, n° 670; Battur, nos 153 et 181. Mais Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 318, et (XV, éd. fr.), nos 21 et 49, partage l'opinion de Toullier.

(4) Mais *voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 328. — Lorsque la femme, par son contrat de mariage, s'est stipulé propres des objets qui se consomment par l'usage, elle est seulement créancière de la valeur de ces objets qui se confondent dans la communauté, sans qu'elle en demeure propriétaire, ni qu'elle ait sur eux d'autres droits que sur les biens de la communauté en général. Brux., 12 mars 1825 et 16 juin 1832 (*Jur. de B.*, 1832, 1re partie, p. 421).

(5) *Traité de la puissance maritale*, n° 83, et *Traité de la communauté*, n° 325.

de propre conventionnel est attachée. Le conjoint n'est pas créancier *in specie* des meubles réalisés, il ne l'est que de leur valeur ; et s'il s'en trouvait quelques-uns en nature, lors de la dissolution de la communauté, il y aurait seulement un *privilége* pour la créance de reprise, en les faisant reconnaitre. »

Ainsi, selon Pothier, la femme, en se mariant, perdrait irrévocablement la propriété des biens meubles qu'elle a spécialement exclus de la communauté, aussi bien qu'elle perd celle des biens qu'elle y a mis, et sa volonté serait impuissante pour lui en conserver la propriété, quoique authentiquement manifestée par une clause expresse des conventions matrimoniales, qui, cependant, suivant le Code, doivent prévaloir sur les dispositions mêmes de la loi, lorsqu'elles n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs, puisque ce n'est qu'à défaut de ces conventions spéciales que les dispositions légales régissent *l'association conjugale quant aux biens* (1). (Art. 1387.)

379. Une pareille doctrine étonne de la part d'un auteur aussi exact que l'est ordinairement Pothier. Elle est contraire à tous les principes : au principe général du droit, qui veut que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134); au principe fondamental en matière de contrats de mariage, que la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos (art. 1387) ; enfin aux dispositions textuelles du Code, qui n'a pas suivi les principes de Pothier. De plus, elle entrainerait nécessairement des conséquences d'une absurdité telle qu'elle suffirait seule pour la faire rejeter, comme en bonne logique on doit rejeter un principe dont la conséquence est absurde.

Heureusement, ce savant auteur nous indique la source de son erreur et le moyen de la réfuter. « La raison de cette différence, dit-il, entre les immeubles réels propres de communauté (que le mari n'a pas le droit de vendre) et les meubles réalisés, est que la communauté doit avoir la jouissance de tous les propres de chacun des conjoints *ad sustinenda onera matrimonii*. Elle peut avoir la jouissance de leurs immeubles propres réels, sans que cette jouissance en consomme le fonds : il n'est donc pas nécessaire, pour qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le droit d'aliéner le fonds. Au contraire, les meubles réalisés étant des choses qui se consomment par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consumuntur,* ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage, pour que la communauté en puisse avoir la jouissance, et pour conserver en même temps au conjoint qui les a réalisés quelque chose qui lui tienne lieu du droit de *propriété qu'il a entendu se réserver par la convention de réalisation,* il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles réalisés, et de laisser au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner et d'en disposer, *sans quoi la communauté n'en pourrait avoir la jouissance,* et de donner au conjoint qui les a réalisés, pour lui tenir lieu de son droit de propriété, une créance de reprise de la valeur des effets réalisés, qu'il aura droit d'exercer contre la communauté lors de sa dissolution. Ceci est conforme aux principes de droit sur le quasi-usufruit. » (*Instit.*, tit. *de usufructu*, § 3, et tit. ff. *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur*, 7, 5.)

Ainsi, Pothier a fort bien vu qu'il fallait appliquer aux meubles exclus de la communauté ou réalisés les principes du droit romain sur l'usufruit des meubles, et sa doctrine est d'une exactitude parfaite en ce qui concerne les meubles qui se consomment par l'usage; elle ne pèche qu'en ce qu'il l'a étendue à tous les meubles, dont il ne fait qu'une seule classe, parce que, dit-il, à la différence des immeubles, ils se consomment tous par l'usage, ou du moins ils s'altèrent et deviennent de nulle valeur par le long usage; et c'est en cela qu'il se trompe, et que sa doctrine est contraire au droit romain et aux principes du Code.

C'est, en matière d'usufruit, un principe élémentaire fondé sur la nature des choses, qu'il faut distinguer deux classes de meubles, ceux qui se consomment par le seul usage, *quæ ipso usu consumuntur,* ou plutôt, comme dit le Code, dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme tous les comestibles, le vin, l'huile, le froment, l'argent monnayé, et ceux dont on peut faire usage sans les consommer, quoiqu'ils se détériorent peu à peu par l'usage, comme tous les meubles meublants, etc.

Or, l'usufruit étant essentiellement le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la *substance* (art. 578), il est évident qu'on ne peut établir un usufruit proprement dit sur les choses dont on ne peut faire usage sans les consommer et sans en détruire la substance. Cependant, comme la nature de ces choses est telle que l'une peut tenir lieu de l'autre et peut être compensée avec l'autre, *quarum una ejusdem generis, alterius vice fungitur, et videtur idem esse,* on les appelle choses *fongibles*. (Art. 1291.) Et à Rome, on pensa qu'on pouvait, *utilitatis causa,* établir sur ces choses, non pas un usufruit proprement dit, puisque la nature des choses s'y oppose, mais un quasi usufruit, au moyen de la caution que donnait le *quasi-usufruitier,* de rendre le même nombre de ces choses, de pareille

(1) *Voy.* Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 318; Dalloz, v° *Communauté*, n° 327.

quantité, qualité et valeur, ou leur estimation à la fin de l'usufruit. (Art. 587.) Cette loi romaine, naturalisée depuis longtemps en France, est consacrée par le Code, au titre *de l'Usufruit*.

L'usufruitier ayant le droit de consommer les choses sur lesquelles est établi le quasi-usufruit, et d'en détruire la substance, il en résulte que la propriété lui en est nécessairement transférée : *Si vini, olei, frumenti, ususfructus legatus est, proprietas ad legatarium transferri debet.* (L. 7, ff. *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur,* 7, 5.) En effet, puisqu'il a le droit d'en disposer, et que, dans la restitution qu'il en fera un jour, on ne trouvera que l'échange d'un objet contre un autre, il est clair qu'il avait la propriété.

Quant aux meubles qui, sans se consommer de suite, s'altèrent par l'usage et deviennent de peu de valeur, comme dit Pothier, il est obligé de les conserver, pour les rendre en nature à la fin de l'usufruit. L'art. 589 le dit positivement : « Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute. »

Le Code applique ces principes, dans la section 9, aux conventions exclusives de la communauté. L'art. 1532, parlant du mobilier exclu de la communauté, porte : « Si, dans le mobilier apporté en dot par la femme, ou qui lui échoit pendant le mariage, il y a des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, il en doit être joint un état estimatif au contrat de mariage, ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, et le mari en doit rendre le prix d'après l'estimation. »

On peut conclure de cet article qu'à l'égard des choses non fongibles exclues de la communauté, il doit les rendre en nature, quoique détériorées par l'usage, pourvu que ce ne soit pas par sa faute. (Art. 589.) Mais, d'ailleurs, l'article 1533 ne permet pas d'en douter. Il porte : « Le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit. » Or la première de ces charges est sans contredit de conserver la substance des choses qui y sont soumises : donc le mari doit rendre en nature les choses exclues de la communauté ou réalisées, et n'en peut disposer, quoiqu'elles s'altèrent et se détériorent par le long usage.

Donc le Code a rejeté la doctrine de Pothier. C'est un point qui nous paraît démontré.

Dirait-on que les art. 1532 et 1533 sont dans le cas où la femme a réalisé tout son mobilier en se mariant *sans communauté,* et qu'on ne doit pas les appliquer au cas où la femme, mariée d'ailleurs sous le régime de la communauté, en a seulement exclu ses meubles les plus chers, des objets d'art, par exemple, des tableaux précieux, des statues antiques, ses diamants, son argenterie, etc. ?

Et pourquoi ne les appliquerait-on point à ce cas? Qui peut le plus peut le moins : c'est une de nos premières règles de droit. (L. 21, ff. *de reg. jur.*) Quoi! la femme peut ôter à son mari la disposition de son mobilier tout entier, en se mariant sans communauté ; et en laissant d'ailleurs subsister la communauté, que le Code lui permet de modifier comme bon lui semble, elle ne pourrait pas lui ôter la disposition de ceux de ses meubles auxquels elle est le plus attachée, en les excluant de la communauté! et sa volonté expresse et authentiquement manifestée par cette clause d'exclusion ne pourrait empêcher son mari de vendre ses diamants, par exemple, pour aller les jouer, comme Beverley! Bien plus, les créanciers du mari auraient le droit de les saisir et de les faire vendre! L'absurdité d'une pareille doctrine suffirait pour la faire rejeter.

Mais voici une raison sans réplique. Pourquoi le mari peut-il vendre les meubles que la femme apporte en se mariant sous le régime de la communauté? C'est parce qu'ils tombent dans la communauté, dont la loi le rend maître absolu. Il peut dès lors les vendre, parce qu'il en est devenu le propriétaire. Mais il ne devient pas propriétaire des meubles spécialement exclus de la communauté. Pothier reconnaît que la femme a entendu *s'en réserver* la propriété en les réalisant : le mari ne peut donc en disposer ou les vendre. A quel titre le pourrait-il faire? Il n'en a que l'administration, si la femme ne se l'est pas réservée, comme elle en a le droit.

Il faut donc appliquer à ce cas les dispositions des art. 1532 et 1533, ainsi bien qu'au cas ou la femme s'est mariée sans communauté. Il y a, pour l'un et l'autre cas, identité de raison. Le mari ne peut donc disposer des meubles exclus de la communauté, à l'exception de ceux dont on ne peut faire usage sans les consommer, par exemple, d'une somme d'argent, d'une créance que la femme a exclue de la communauté, en se la réputant propre. C'est alors seulement, comme dit Pothier, qu'elle n'est que créancière de la reprise de cette somme ; mais lorsqu'il s'agit de meubles dont on peut faire usage sans les consommer, en les excluant de la communauté la femme en demeure propriétaire, et peut les reprendre *in specie,* et non pas seulement leur valeur.

C'est même le seul moyen de mettre en sûreté les droits de la femme sur les meubles ; car si elle n'avait que la reprise de leur valeur, et que le mari se trouvât insolvable, sans laisser autre chose que des meubles, la femme n'ayant chez nous ni hypothèque, ni privilége sur les meubles, serait réduite à venir en concurrence sur leur prix, par contribution, avec tous les

autres créanciers du mari. Ce fut pour prévenir la perte qu'elle en pourrait souffrir que Justinien lui donna le droit de revendication sur tous ses biens dotaux, estimés ou non estimés. *In rebus dotalibus*, dit la loi 31, Cod., *de jure dotium*, 5, 12, *sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus si tamen extent, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis, omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eædem res, et ab initio, uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio*, etc.

380. Mais si la femme conserve la propriété des biens qu'elle a exclus de la communauté, le mari n'en a pas moins l'administration, comme celle de tous ses autres biens.

« Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme, » dit l'art. 1428.

On peut remarquer qu'en parlant de l'administration des biens de la femme, cet article ne la donne point au mari *seul*, comme lui est donnée celle des biens de la communauté par l'art. 1421, qui porte : « Le mari administre *seul* les biens de la communauté. » On trouvera le motif de cette différence de rédaction entre ces deux articles, dans ce que nous avons dit *supra*, n° 307. On ne peut valablement stipuler par contrat de mariage que le mari n'aura pas l'administration des biens de la communauté. Elle est attachée à sa personne, comme chef de la société conjugale, par une raison d'ordre public. Au contraire, la femme peut, par contrat de mariage, se réserver l'entière administration de tout ou de partie seulement de ses biens. (Art. 1534, 1536.)

La formule exclusive ne pouvait donc convenir à l'administration des biens de la femme, comme elle convenait à l'administration des biens de la communauté.

381. Mais il faut remarquer aussi que si la femme ne s'est pas, comme elle en a le droit, réservé l'administration des meubles qu'elle a exclus de la communauté, l'administration en appartient au mari; car la disposition de l'article 1428 est générale et sans exception : « Le mari a l'administration de *tous* les biens personnels de la femme, » et par conséquent de ceux qu'elle n'a fait qu'exclure de la communauté; car la simple exclusion de la communauté ne suffit pas pour ôter au mari l'administration des meubles exclus, ou, comme on dit, *réalisés*. Les immeubles aussi sont exclus de la communauté, et cependant le mari en a l'administration, si la femme ne se l'est pas réservée par contrat de mariage. La simple exclusion des meubles de la communauté n'a pas d'autre effet que de les réduire à la condition des immeubles. C'est pour cela sans doute que les auteurs appelaient cette exclusion *conventionnelle*, clause de réalisation, et quelques-uns clause d'immobilisation. Il faut avoir ces principes présents à la mémoire quand on s'occupe de rédiger des conventions matrimoniales.

382. L'art. 1428 se borne à donner au mari, en termes généraux, l'administration des biens personnels de la femme, comme l'avaient fait nos coutumes. « Le mari, dit celle de Bretagne, est administrateur des biens de sa femme. » (Art. 429.)

Le sens de cette expression n'étant point fixé par la loi, il serait difficile de déterminer d'une manière bien précise quels sont tous les actes qu'on doit comprendre sous la dénomination d'actes d'administration, pour en conclure qu'il est au pouvoir du mari de les faire ou de ne les pas faire sans le concours de sa femme.

Il y a souvent dans ces questions quelque chose qui dépend des faits et des circonstances, qu'il est sage d'abandonner à la prudence du magistrat chargé de les apprécier et de les juger.

383. L'administration des biens de la femme consiste principalement à recevoir les revenus, ainsi que les sommes qui lui sont dues; il ne peut y avoir sur cela aucun doute. Il était donc presque inutile de répéter, dans notre art. 1428, ce que disaient nos anciennes coutumes, que le mari « peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. » Cela résultait assez de la nature de ces actions; mais le Code n'a voulu laisser aucun doute sur ce point.

L'art. 233 de la coutume de Paris portait aussi que « le mari est seigneur des actions mobilières et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme, et peut, le mari, agir seul, et déduire lesdits droits et actions en jugement sans ladite femme. »

Les actions mobilières de la femme sont celles qui tendent *ad mobile consequendum;* elles tombent toutes dans la communauté. On ne pourrait donc en refuser le libre exercice au mari, sans lui ôter sa qualité de chef, à laquelle nous avons vu qu'il ne peut jamais renoncer.

Si son action avait pour objet des meubles exclus de la communauté, nous avons encore vu que cette exclusion ne suffisait pas pour lui en ôter l'administration, à moins que la femme ne se la soit spécialement réservée par son contrat de mariage.

Quant aux actions possessoires, ce sont celles qui tendent à faire cesser le trouble apporté à la jouissance des biens de la femme, accordée par la loi au mari seul. Il ne fait donc qu'user de son droit, d'un droit qui lui est propre, quand il les exerce seul. Cependant, comme le jugement de l'action possessoire, s'il était contraire, pourrait avoir des suites fâcheuses contre la propriété de la femme, elle a toujours le droit d'y intervenir pour ses intérêts, malgré son mari, en se faisant autoriser de justice :

Potest tamen uxor intervenire, etiam invito marito, authorata a judice, in propriis suis, ne colludatur, ut dixi in Consuet. Paris., § 113, dit Dumoulin, dans sa note sur la coutume de Bourgogne, chap. 4, art. 5 (1).

384. Mais faut-il conclure du silence que garde le Code sur les actions pétitoires qui appartiennent à la femme, que le mari ne peut les exercer seul et sans son consentement? En bonne logique, cet argument ne procède pas : le Code donne au mari le droit d'exercer seul les actions possessoires qui appartiennent à la femme; donc il lui refuse le droit d'exercer seul les actions pétitoires (2).

La conséquence n'est pas contenue dans les prémisses. On ne pourrait donc argumenter du silence du Code, contre le droit du mari, qu'en appliquant ici le pitoyable brocard des glossateurs : *Inclusio unius est exclusio alterius,* qui ne pourrait avoir quelque force que dans le cas où la règle générale serait que le mari ne peut agir pour sa femme sans son concours. Mais puisque le Code place la femme et ses biens sous la puissance, et pour ainsi dire sous la tutelle du mari ; qu'il donne à celui-ci l'administration générale de tous les biens personnels de sa femme ; qu'il prononce contre lui la responsabilité de *tout dépérissement* de ses biens, causé par défaut d'actes conservatoires, ce serait évidemment faire un raisonnement vicieux que de conclure, de la disposition particulière qui porte que le mari peut exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme, qu'il ne peut exercer les pétitoires sans son consentement.

385. Le Code, en donnant au mari, par une disposition expresse, le droit et le pouvoir d'exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme, a eu, pour garder le silence sur les pétitoires, des raisons que ne paraissent pas avoir comprises ceux qui s'appuient sur le méchant brocard des glossateurs pour lui refuser le droit d'exercer seul ces dernières.

Les actions mobilières et les possessoires que l'art. 1428, à l'exemple de la coutume de Paris, met sur le même rang, tombent dans la communauté, et par conséquent appartiennent au mari, qui en est maître et seigneur, comme le dit énergiquement l'art. 233 de la coutume de Paris : « Le mari est seigneur des actions mobilières et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme, et peut, le mari, agir seul et déduire lesdits droits et actions en jugement sans sadite femme. »

Il résulte de là que les jugements rendus contradictoirement avec le mari seul ont la force de la chose jugée contre la femme, sans qu'elle puisse les attaquer par la voie de tierce opposition.

Or, si le Code avait appliqué aux actions pétitoires de la femme, par une disposition expresse, ce que dit l'art. 1428 des actions mobilières et possessoires, on aurait pu le regarder comme le mandataire légal et spécial de la femme, qui est en sa puissance, et soutenir en conséquence que les jugements rendus au pétitoire contre lui, sans qu'elle fût en cause, doivent avoir contre elle l'autorité de la chose jugée, de même que ceux rendus contre un mandataire ou procureur spécialement constitué par elle. Le silence gardé par le Code ne permet pas d'élever cette injuste prétention.

Mais aussi on n'en peut conclure que le mari peut exercer seul l'action pétitoire, pour revendiquer les héritages propres de sa femme, dont les fruits et revenus lui appartiennent. Voyons si nous pourrions trouver quelques lumières dans nos anciennes coutumes, d'où est tirée, presque mot pour mot, la disposition de l'article 1428, relatif aux actions mobilières et possessoires.

386. Elles n'étaient point d'accord entre elles (3). Les unes, et c'était le plus grand nombre, se bornaient, comme la coutume de Paris, art. 233, à dire que le mari était le seigneur des actions mobilières et possessoires de la femme, et qu'il peut les exercer seul sans sa femme; elles gardaient, comme le Code, le silence sur les actions pétitoires.

D'autres ajoutaient qu'il ne pouvait exercer les actions pétitoires sans que la femme fût en cause, *si ce n'est pour l'intérêt du mari seulement.*

D'autres disaient, au contraire, que le mari pouvait seul, et sans son consentement, poursuivre et défendre les droits, noms et actions de sa femme, soit en actions personnelles, hypothécaires, ou autres pétitoires. Du nombre de celles-ci était la coutume du Poitou, art. 228.

Dans les coutumes qui ne parlaient que des actions mobilières et possessoires, les auteurs refusaient assez généralement au mari le pouvoir d'exercer les actions pétitoires de la femme sans son consentement ou sa procuration.

387. Cependant, sous la coutume de Paris, dont nous avons, *supra*, rapporté le texte, ce grand magistrat, Camus, dans ses observations (4) sur l'art. 233, après avoir dit en général que, dans les actions pétitoires, il fallait que la femme fût en cause, parce qu'elle a un

(1) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 317; Dalloz, v° *Communauté*, n° 311.

(2) *Sic* Paris, cass., 14 nov., 31 déc., et 15 mai 1832. (Sirey, 1832, t. 1, p. 390; Dalloz, t. 19, p. 434; Delvincourt, t. 3, p. 278, édit. belge). Mais *voy.* Brux., 20 déc. 1845 (*Pasicrisie* de 1847); Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 316.

(3) *Voy.* Duparc-Poullain, sur l'art. 424 de la coutume de Bretagne, dans la *Conférence,* n° 2, t. 3, p. 17.

(4) Imprimées dans la compilation de Ferrière.

plus grand intérêt que son mari pour se conserver le fonds d'un héritage qu'on veut lui ôter, ou d'avoir celui dont elle est dépossédée, ajoutait que « comme le mari en peut prétendre les fruits et la femme la propriété, le mari peut, si la femme ne le voulait pas, agir seul, tant pour sa jouissance que pour soutenir les intérêts de sa femme, et rendre sa condition meilleure. » Et plusieurs des coutumes qui refusaient au mari l'exercice des actions pétitoires de la femme ajoutaient, par exception : *si ce n'est pour l'intérêt du mari seulement* (1).

Dans les coutumes où les auteurs refusaient au mari le droit d'exercer les actions pétitoires de la femme, ils se fondaient sur la loi 7, § 2, ff., *de jure deliberandi*, 28, 8, qui dit qu'il est absurde de permettre l'exercice des actions à celui qui n'a pas le pouvoir d'aliéner : *Absurdum est enim, ei cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere.*

Les autres répondaient par la loi 21, au Code, *de procuratoribus*, 2, 13, qui porte : *Maritus citra mandatum in rebus uxoris intercedendi habeat facultatem.* En effet, dans plusieurs coutumes, le mari était considéré comme le mandataire légal de la femme, et il prenait en agissant la qualité de mari et procureur de droit de son épouse. Dans notre Bretagne surtout, on rejetait l'opinion des auteurs qui prétendaient que, si le mari agit seul au pétitoire, sa procédure est nulle, et qu'il est seulement le maître des actions mobilières et possessoires de sa femme, parce qu'elles tombent dans la communauté.

388. « Mais, en Bretagne, dit Duparc-Poullain (2), le mari étant le procureur de droit de sa femme et l'administrateur de ses biens, il est indubitable que son droit est général pour tout ce qui n'est que d'administration, et les actions réelles sont sans doute de ce nombre, puisque le tuteur a droit et est obligé de les poursuivre pour son mineur. Le mari est même obligé de veiller à la conservation des droits de sa femme. Ainsi, cette poursuite est en même temps *un droit* et *un devoir* dont il ne peut se dispenser. »

389. Maintenant quelle opinion suivre sous l'empire du Code, qui n'a point tranché la question par une disposition précise? Nous ne balançons pas à dire que c'est la dernière, parce qu'elle nous paraît conforme aux principes du droit et aux dispositions du Code, dont elle est une conséquence nécessaire. Et d'abord, on ne peut refuser au mari le pouvoir d'agir seul pour ses intérêts sans le concours de sa femme; l'intérêt est la mesure des actions. Or le mari a l'administration et la jouissance de tous les immeubles propres de son épouse; il en fait siens, sans en devoir compte à personne, tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient. (Art. 1401.) Il est donc évident qu'il peut agir seul au pétitoire et pour son intérêt, contre les détenteurs ou usurpateurs des propres de son épouse; autrement la femme, par son refus de concourir à l'action, pourrait le priver de ces fruits et revenus. C'est par ces motifs que l'art. 818 (3) du Code dit que « le mari peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à elle échus qui tombent dans la communauté. A l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un partage provisionnel. »

Rien de plus juste que cette disposition ; car si l'on refusait au mari le droit d'agir, il en résulterait que la femme pourrait, en refusant son concours, le priver des revenus des immeubles qui lui appartiennent, soit par caprice, soit par le motif secret d'avantager les détenteurs de ses biens.

Il n'est donc pas douteux que le mari peut agir seul et pour ses intérêts particuliers, même au pétitoire, contre les détenteurs ou usurpateurs des biens personnels de sa femme.

Appliquons ces principes à une espèce analogue. Le mari ne peut, en règle générale, accepter seul une succession échue à la femme sans son concours (4). (Art. 776.) Cependant, si la femme refuse, le mari est admis à l'accepter, parce que la femme ne peut nuire aux intérêts de son mari par un refus qui le priverait du mobilier de la succession, et des revenus des immeubles qui la composent. C'est par un semblable motif que, suivant l'art. 788, les créanciers de celui qui renonce à une succession, au préjudice de leurs droits, peuvent être autorisés à l'accepter du chef de leur débiteur et en son lieu et place.

Ces principes sont applicables à tous les cas où le mari revendique des immeubles sur lesquels sa femme a des droits de propriété. Il y est très-intéressé, puisque les revenus à venir de ces immeubles tomberont dans la communauté dont il est le maître, ainsi que les revenus arriérés, si le détenteur n'était pas de bonne foi. C'est aussi par ce motif qu'il peut exercer l'action possessoire.

Un autre motif péremptoire pour donner au mari l'action pétitoire, c'est que le Code, comme l'ancienne jurisprudence, le rend responsable de tout dépérissement des biens personnels propres de son épouse, causé par défaut d'actes

(1) *Voy.* Duparc-Poullain, cité *supra*, conférence sur l'art. 424, n° 2.

(2) Dans ses *Principes de droit*, t. 5, p. 96, n° 121.

(3) *Voy.* sur cet article Chabot, *Traité des successions.*

(4) *Voy.* encore Chabot, sur cet article, et les auteurs qu'il cite.

conservatoires : il répond par conséquent des prescriptions; or, comment pourrait-il en répondre, s'il était défendu d'agir au pétitoire contre des usurpateurs, avec lesquels la femme aurait peut-être pris secrètement des arrangements collusoires?

590. Enfin, en raisonnant par analogie, nous trouvons, dans l'art. 1549, une disposition qui tranche la question en faveur du droit qu'a le mari d'exercer les actions pétitoires concernant les immeubles propres de sa femme, seul, et sans son concours. Cet article porte que « le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. » Il ajoute : « Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et *détenteurs,* d'en percevoir les fruits et les intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux. »

Or, quand on poursuit un *détenteur,* c'est pour le forcer de rendre ce qu'il détenait et qu'il n'a pas le droit de retenir; et remarquez que ce n'est pas seulement le *détenteur* annal que le mari a le droit de poursuivre suivant l'art. 1549; ce sont généralement tous les *détenteurs* sans exception, soit qu'ils ne le soient que depuis un an, soit qu'ils le soient depuis plusieurs années : il peut donc former contre eux l'action pétitoire; car l'action contre un détenteur plus qu'annal est nécessairement pétitoire.

Il est vrai que notre savant collègue et ami Carré, dont les écrits continuent d'agrandir la science, dit (1) que l'exercice du droit que donne l'art. 1549 au mari lui *semble* borné aux actions purement conservatoires, comme les actions possessoires, et non pas aux actions relatives au fond du droit de propriété, et dont le résultat pourrait être de le modifier, de le restreindre ou de l'anéantir.

Mais la rédaction de l'article résiste évidemment à cette interprétation restrictive, et l'action pétitoire du mari ne peut jamais avoir le résultat de modifier, restreindre ou anéantir les droits de la femme sur ses biens dotaux, puisqu'en supposant même que l'action du mari fût rejetée, le jugement qui la rejetterait ne pourrait obtenir contre elle la force de la chose jugée.

Nous prenons donc pour constant que l'article 1549 autorise le mari à exercer l'action pétitoire, concernant les biens dotaux de sa femme, et de là nous concluons, par analogie, qu'il a le même droit à l'égard des biens personnels de la femme mariée sous le régime de la communauté; car on ne saurait concevoir pourquoi il aurait plus de droits sur les biens dotaux que sur les biens personnels de la femme mariée en communauté.

L'analogie nous paraît parfaite; car la dot, dit l'art. 1540, sous le régime dotal ou sous celui de la communauté, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage.

591. Disons donc avec Duparc-Poullain (2), notre savant maître, dont nous invoquerons encore une fois l'autorité, que l'opinion des auteurs français qui refusent au mari le pouvoir d'agir seul au pétitoire pour les propres de sa femme est, sous l'empire du Code, comme sous l'empire des coutumes, « inconciliable avec l'obligation du mari de veiller à leur conservation; car supposons, dit-il, que la femme ne veuille pas agir, le mari en serait-il moins obligé de veiller à la conservation de son propre?

» D'ailleurs, le droit de recueillir tous les revenus donne au mari un intérêt sensible, et conséquemment une qualité pour réclamer les héritages et les autres droits réels qui ont été usurpés sur sa femme. Aussi Coquille adopte les dispositions des coutumes qui donnent au mari, pour son intérêt, le droit de poursuivre les actions réelles de sa femme. »

592. Ces raisons nous paraissent péremptoires et sans réplique; mais la femme, n'ayant point été partie dans l'instance, ne serait point liée par le jugement qui serait rendu contre son mari seul. Ce jugement ne pourrait obtenir contre elle l'autorité de la chose jugée : elle pourrait toujours s'y rendre opposante. Le défendeur doit donc, pour sa sûreté, mettre la femme en cause. C'est le seul parti que la prudence lui commande de prendre; il ne pourrait faire rejeter l'action du mari par une fin de non-recevoir fondée sur le défaut de qualité.

593. Car c'est un principe élémentaire dicté par la raison, que l'intérêt est la mesure des actions. « Celui qui est sans intérêt n'est pas recevable à agir, » dit fort bien la cour de cassation, art. 3 de ses observations sur le Code de procédure; mais, au contraire, celui qui a un droit actuellement acquis a la faculté de le revendiquer, ou de le poursuivre en justice.

Or la loi donne au mari tous les fruits et revenus des propres de son épouse. Supposons donc qu'un mari demande au détenteur des biens de sa femme la restitution des fruits depuis les dix dernières années; il a certainement droit et qualité pour former cette action, qui l'intéresse seul. Le défendeur lui répond qu'il est en possession, et que le bien dont il réclame les fruits n'appartient point à son épouse; le mari lui réplique que le bien dépend de la succession du père de sa femme, seule héritière, et il le prouve par titres authentiques : il en con-

(1) P. 245 du t. 2 de son excellent ouvrage sur les *Lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles.*

(2) Sur l'art. 429 de la coutume de Bretagne, t. 3, p. 91, not. D.

clut qu'il a droit d'en réclamer les fruits et la jouissance. Voilà donc l'action pétitoire engagée, et le défendeur ne pourra pas écarter, par une fin de non-recevoir, la preuve donnée par le mari, car on est toujours recevable à prouver non-seulement son propre droit, mais encore le droit de la personne dont on tire le sien.

D'un autre côté, comme le mari est responsable de la prescription des biens personnels de sa femme, il a intérêt, et il peut par conséquent, dans tous les cas, joindre à la demande des fruits pour son intérêt personnel celle du droit de propriété pour l'intérêt de sa femme, et la réparation des atteintes qui y auraient été portées par le défendeur, sauf à ce dernier à mettre la femme en cause. Par exemple, s'il avait indûment fait une coupe de bois de futaie, le mari en pourrait réclamer le prix, ainsi que des dommages et intérêts.

On voit ici deux intérêts bien distincts : l'intérêt personnel du mari, qui consiste principalement dans la restitution des fruits, et celui de la femme, qui consiste dans la conservation de son droit de propriété. Il est vrai que la restitution des fruits dépend de la question de propriété, et c'est une des raisons qui donnent au mari le droit de soutenir et de prouver que sa femme est propriétaire; mais ces deux intérêts ne sont pas indivisibles de leur nature, comme on le voit dans le cas de l'usufruitier, dont le droit peut être bien fondé, quoique le droit de celui qui se dit le propriétaire ne le soit pas. Or le droit du mari sur les biens de la femme a la plus grande analogie avec celui de l'usufruitier : aussi les art. 1533 et 1562 disent que le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de toutes les obligations de l'usufruitier.

394. Or, puisque les droits du mari ne sont pas indivisibles de leur nature du droit de sa femme, il peut renoncer conventionnellement à ses droits et en faire remise, sans porter atteinte au droit de propriété de sa femme.

Ainsi, il peut renoncer à son droit de jouissance, c'est-à-dire au droit de percevoir les revenus des biens de sa femme durant le mariage, l'aliéner même, et cette convention serait valide, car il ne compromet que son droit et son intérêt personnel (1).

395. Mais s'il renonçait au droit de propriété de son épouse, ou s'il l'aliénait sans son consentement, cette renonciation, cette aliénation, ne pourraient nuire aux droits de propriété de sa femme (2).

L'art. 1428 porte qu'il « ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. »

Si le même acte contenait l'aliénation des fruits et revenus durant le mariage, et la renonciation à la propriété du fonds, il serait valide en ce qui concerne l'aliénation des fruits ou sa renonciation à les percevoir durant le mariage; mais il serait nul en ce qui concerne le droit de propriété, qui n'appartient qu'à la femme.

396. Si, au lieu d'une convention par laquelle il renonce aux fruits et revenus, et même au droit de propriété de son épouse, le mari s'était porté seul à agir pour réclamer les fruits et revenus, ainsi que la jouissance et la propriété d'un propre de son épouse, le jugement qui déclarerait sa demande mal fondée, et la rejetterait comme telle, n'aurait la force de la chose jugée que contre lui seul, et la femme aurait la voie de la tierce opposition pour le faire rétracter en ce qui concerne le droit de propriété, car personne ne peut compromettre et déduire en jugement que ses propres intérêts.

397. C'est suivant les principes que nous venons de développer que fut rendu un arrêt de la cour de Riom, le 8 juin 1809 (3), qui répand beaucoup de jour sur la matière. Les sieurs Laverie et Dodin avaient, par un compromis passé le 3 octobre 1807, nommé des arbitres auxquels ils donnaient pouvoir de décider en dernier ressort si un sentier placé entre deux vignes, dont l'une appartenait à la dame Laverie, devrait être fourni en commun, ou pris seulement sur l'une de ces vignes. Les deux arbitres, se trouvant divisés, donnèrent séparément leur avis, et nommèrent, suivant le pouvoir qu'ils en avaient, un tiers arbitre, qui déclara adopter l'avis de celui qui avait opiné en faveur de Dodin.

Les époux Laverie demandèrent la nullité de la décision arbitrale, sur le fondement que le mari n'avait pu compromettre sur un bien dotal (4). Ils disaient que, d'après l'art. 1004 du Code de procédure, on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, disaient-ils, une contestation relative à un bien dotal est sujette à cette communication; et d'ailleurs, compromettre, c'est aliéner, et il n'est permis ni au mari, ni à la femme, séparément ou conjointement, d'aliéner la moindre

(1) *Contra*, Battur, nº 562. Mais son opinion doit être entendue en ce sens que l'aliénation de la jouissance que ferait le mari ne lui enlèverait pas le droit de faire tous les actes conservatoires de la propriété de sa femme.

(2) La nullité résultant de ce qu'un bien propre à la femme aurait, sans son consentement, été vendu par son mari, est seulement relative à la femme, en ce sens qu'elle peut être couverte par le consentement donné par celle-ci postérieurement à la vente. Brux., 4 avril 1829 (*J. de B.*, 1829, p. 430).

(3) Rapporté par Dalloz, dans son excellent recueil intitulé *Jurisprudence générale du royaume*, vº *Arbitrage*, sect. 1, § 2, p. 627.

(4) Ils faisaient encore valoir un autre motif entièrement étranger à notre question.

partie d'un immeuble dotal. (Code civil, article 1554.)

Dodin répondait que, d'après l'art. 83 du Code de procédure, les causes des femmes mariées devaient être communiquées au ministère public, mais qu'il ne fallait entendre par cause d'une femme mariée que celle où la femme était elle-même partie ; que la contestation sur laquelle le compromis avait été passé ne s'était élevée qu'entre les sieurs Laverie et Dodin, qui seuls aussi avaient compromis ; que le jugement arbitral, étant étranger à la femme, ne pouvait lui nuire, et que, par conséquent, le jugement ne produisait pas l'aliénation d'un bien dotal, mais seulement la privation, pendant le mariage, des droits que pouvait avoir le mari ; droits à raison desquels il lui était permis de compromettre.

Le tribunal de Clermont déclara Laverie et femme non recevables, *quant à présent,* dans leur demande, « attendu... que le mari a l'administration et l'usufruit des biens dotaux de sa femme, et qu'à raison de ce, il peut compromettre avec des tiers sans nuire aux intérêts de cette dernière, qui, à la dissolution de son mariage, pourra exercer toutes les actions qu'elle jugera à propos contre les actes qu'aura faits son mari à son préjudice. »

Laverie et femme se portèrent appelants, et la cour de Riom, sur les conclusions de Grenier, procureur général (1), « adoptant les motifs des premiers juges, dit qu'il a été bien jugé, en ordonnant cependant que tous les dépens des causes principale et d'appel seront supportés par le mari seul. »

598. Cet arrêt nous paraît bien rendu, et conforme aux principes dans toutes ses dispositions. Car, dès lors que les droits du mari et ceux de la femme sur les biens personnels de cette dernière sont distincts pendant le mariage ; que le mari en a l'administration, et la jouissance des fruits et revenus, tant sous le régime de la communauté que sous le régime dotal, et que la femme n'en a que la propriété, il s'ensuit que le mari peut agir seul pour ses intérêts ; qu'il peut passer avec des tiers tels actes que bon lui semble, pourvu qu'ils ne concernent que ses intérêts.

Et comme il ne peut nuire aux droits et aux intérêts de sa femme sans son consentement, il est toujours, quand il fait quelque acte relatif aux propres de sa femme, et sans l'y faire intervenir, censé n'agir que pour ses intérêts personnels et non pour ceux de cette dernière ; comme aussi son adversaire, quand il admet le mari pour seul contradicteur, sans mettre l'épouse en cause, est censé consentir que ce qu'il fait, que les actes qu'il passe, que les jugements qu'il obtient, n'auront de force que contre le mari seulement, et non contre la femme.

La cour de Riom a donc bien jugé en décidant, comme les premiers juges, que le compromis fait entre Laverie et Dodin ne pouvait concerner que le point de savoir si le mari Laverie laisserait, durant son mariage, passer le sentier dont il s'agissait sur la vigne de sa femme, sauf le droit de cette dernière après la dissolution du mariage.

Dès lors l'affaire n'intéressait que le mari Laverie et non la femme ; ce qui écartait l'application de l'art. 83 du Code de procédure, relatif à la communication au ministère public *des causes des femmes non autorisées par leurs maris, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot;* car ce n'était point la cause de la femme Laverie, mais uniquement celle de son mari.

Il est vrai que notre savant ami Carré (2) dit « qu'encore bien que le mari soit *seul partie* dans la cause, ce n'est pas moins *la cause personnelle de sa femme, et non sa propre cause,* que le mari soutient. »

Mais il nous semble que Carré est dans l'erreur. Pour l'en convaincre, supposons qu'au lieu de la jouissance d'un sentier, il s'agisse des fruits et revenus d'un bien dotal que réclame le mari seul : pourrait-on dire que ce n'est pas *sa propre cause,* mais *la cause personnelle de sa femme,* qu'il soutient? Non, sans doute, puisque, ni durant le mariage, ni après sa dissolution, la femme n'a et n'aura jamais aucun droit à ces revenus. Le mari qui agit seul pour ses intérêts ne soutient donc que sa propre cause, qu'il n'a pas besoin de communiquer au ministère public. L'arrêt de Riom a donc bien jugé, en n'appliquant point à l'affaire de Laverie et Dodin l'art. 83 du Code de procédure.

599. Quant à la disposition qui déclare la femme Laverie non recevable, *quant à présent,* à attaquer le compromis passé par son mari avec Dodin, et qui la renvoie exercer ses actions à la dissolution du mariage, elle paraît encore bien rendue, mais dans l'espèce seulement ; car il s'agissait d'un bien dotal, et par conséquent les art. 1561, 2255 et 2256 du Code civil le mettaient à l'abri de la prescription durant le mariage. Dès lors elle n'avait pas un intérêt actuel pour agir ; elle pouvait retarder son action.

Il en aurait été autrement sous le régime de la communauté ; car, sous ce régime, la prescription court contre la femme mariée à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre lui. (Art. 2254.) La femme aurait donc un intérêt actuel à attaquer, même durant le mariage, les jugements rendus contre son mari au préjudice de ses droits.

(1) Auteur de deux savants traités, l'un sur les donations, l'autre sur les hypothèques.

(2) Dans l'ouvrage déjà cité, t. 2, p. 248.

Mais nous avons dit que ces jugements avaient contre le mari, en ce qui concerne ses intérêts, la force de la chose jugée. Le jugement qui, sur la tierce opposition de la femme, rétracterait celui qui avait été rendu sans elle contre le mari, pourrait donc la déclarer propriétaire; mais il ne devrait pas, par respect pour l'autorité de la chose jugée, condamner le défendeur évincé à la restitution des fruits qu'il aurait perçus, non plus qu'à ceux qu'il percevra jusqu'à la dissolution de la communauté; car ces fruits n'appartiennent qu'au mari, qui sera obligé de laisser jouir son adversaire, conformément au jugement obtenu contre lui par ce dernier, dans lequel la femme n'était point partie (1).

400. Avant le Code civil, et sous nos coutumes, on pensait, comme la cour de Riom, que les actes faits par le mari seul au préjudice du droit de propriété de la femme, la vente de ses propres, par exemple, ne pouvaient être attaqués pendant la durée du mariage. Un auteur aussi savant que judicieux, dont l'ouvrage, rédigé avec beaucoup de soin, avait été revu dans des conférences suivies et régulières tenues pendant près de quatre ans entre les plus doctes avocats de la Rochelle, Valin dit (2) : « Quoique la vente que fait le mari des propres de sa femme soit nulle, tant à l'égard de la femme que de ses héritiers, elle ne peut néanmoins l'attaquer pendant le mariage, ou tant que la communauté dure (3); mais après le décès du mari, ou en cas de séparation, elle est en droit d'agir en désistement contre l'acquéreur, et de rentrer dans son bien, et si elle décède la première, ses héritiers ont le même droit. »

Valin néglige de dire pourquoi la femme ne peut agir pendant le mariage; c'est parce qu'elle est sans intérêt, attendu que tous les fruits et revenus de l'héritage durant le mariage appartiennent au mari, et que d'ailleurs, autrefois, comme sous l'empire du Code, art. 2256, la prescription ne courant point contre la femme dans tous les cas où son action réfléchirait contre le mari, elle se trouve sans intérêt pour former une réclamation prématurée, qui pourrait troubler la paix du ménage, sans être d'aucune utilité pour la femme.

C'est ce qu'observe fort bien Ferrière, sur l'art. 226 de la coutume de Paris, n° 4, où il se demande si la femme peut agir du vivant de son mari; il dit que Lebrun pensait qu'elle le pouvait. « J'estime, au contraire, dit-il, qu'elle ne le peut qu'après la mort de son mari, ou en cas de séparation; elle ferait une demande prématurée qui retomberait sur son mari, tant à raison du prix payé par l'acquéreur, que pour ses dommages et intérêts, auxquels il serait condamné envers lui. Ainsi, je crois que le mari serait bien fondé de s'opposer à ce qu'elle fût autorisée par justice à cet effet, d'autant qu'elle ne risque rien pour attendre, pouvant, sans craindre la prescription, faire casser la vente qui en aurait été faite.

La femme, en formant son action contre l'acquéreur, n'est tenue envers lui à aucuns dommages et intérêts, si elle renonce à la communauté; mais si elle l'accepte, nous avons vu *supra*, n° 226, qu'elle y est obligée pour une moitié, parce que c'est une dette de la communauté (4).

401. Quelque distinct que soit du droit de propriété de la femme, le droit de jouissance de ses biens, qui appartient au mari pendant la durée du mariage, et quoiqu'il puisse en disposer comme bon lui semble, ses créanciers ne pourraient le faire saisir pour en jouir en sa place pendant la durée du mariage, parce que, dit Lebrun, ce droit appartient à leur débiteur *jure mariti*. La femme pourrait s'opposer à cette saisie; car ce droit de jouissance est donné au mari pour soutenir les charges du mariage, dont elle est elle-même partie.

402. De plus, cette jouissance est limitée à la durée du mariage, et finit par la mort de la femme ou par la séparation; ce qui fait, dit encore fort bien Lebrun (5), qu'elle ne peut pas s'appeler un usufruit (6). Ils ne peuvent donc saisir que les fruits pendants sur le propre de la femme, et non le droit de jouissance, qui est dû au mari durant le mariage.

403. Le droit de jouissance du mari emporte nécessairement celui d'affermer seul ou de bailler à ferme les biens de sa femme; car on ne pourrait exiger qu'il en jouît par ses mains; le plus souvent même cela est impossible. D'un autre côté, on ne pourrait encore exiger le concours de sa femme et son consentement aux baux à faire. Ce serait gêner l'administration du mari; et enfin, dans une société composée de deux personnes, il faut bien donner à l'une d'elles la prépondérance. C'est un principe de raison auquel il faut bien revenir, surtout dans la société conjugale.

404. Mais le droit du mari finit à la dissolution de la communauté. Les baux qu'il a faits

---

(1) *Voy.* Dalloz, v° *Communauté*, n° 32. *Contra*, Bailur, n° 562; *Dictionnaire du notariat*, v° *Communauté*, n° 163.

(2) Sur l'art. 22 de la coutume de la Rochelle, § 1, n° 43.

(3) *Contra*, Gand, 8 juin 1838; mais *voy.* Dalloz, p. 433, n° 23; Rolland de Villargues, v° *Communauté*, n° 492 *bis*.

(4) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 320; Dalloz, *ubi supra*, n° 329.

(5) *Traité de la communauté*, liv. 2, chap. 2, sect. 4, n° 27, p. 339.

(6) C'est ce que nous avons soutenu contre Delvincourt, *supra*, n° 123.

doivent-ils finir avec son droit, suivant la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* que le droit romain et notre ancien droit français appliquaient aux baux passés par les usufruitiers, dont le droit a tant d'analogie avec le droit de jouissance du mari? Ç'aurait été causer évidemment un préjudice notable à ce dernier; car il n'aurait pas trouvé facilement un fermier ou un locataire qui voulût prendre à ferme ou à loyer les biens de la femme, pour un temps incertain, au risque de se voir renvoyé avant d'être assuré d'une nouvelle habitation, ou d'avoir eu le temps de retirer le fruit des améliorations nécessaires pour bien cultiver la terre.

Il était donc juste d'obliger la femme ou ses héritiers d'entretenir les baux faits par le mari seul.

405. Mais aussi il fallait limiter le temps de la durée des baux que le mari pourrait faire, dans la crainte qu'il n'abusât de son droit au préjudice de la femme ou de ses héritiers. On suivait assez généralement la coutume de Paris, dont l'art. 227 permettait au mari d'affermer pour six ans les maisons de la ville, et pour neuf les biens de la campagne. Le Code a suivi cette dernière disposition, tant pour les biens de campagne que pour ceux de ville, entre lesquels il ne fait plus de différence, en ce qui concerne la durée des baux que peut faire le mari seul; mais il en fait une qui est de droit nouveau, à l'égard de leur renouvellement. L'art. 1429 porte :

« Les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. »

Supposons qu'un mari ait affermé le bien de sa femme pour dix-huit ans, et que la communauté soit dissoute six ans après la date du bail : le fermier n'aura plus le droit de jouir que trois années pour achever la première période de neuf ans, à l'expiration de laquelle il sera obligé de sortir de la ferme, sans pouvoir exiger de dommages et intérêts, parce qu'un fermier ne doit pas ignorer que le pouvoir du mari est limité, et qu'il ne doit compter sur l'exécution de son bail fait pour un temps excédant ces limites, qu'autant que le droit du mari continuera jusqu'à l'expiration de la première période : c'est donc un risque qu'il veut bien courir, un événement qu'il prend sur son compte.

406. Mais si le mari, en passant le bail, avait tu sa qualité de mari, ce serait une grande imprudence de sa part, ainsi que de tout autre administrateur ou usufruitier, qui ne doit jamais contracter que dans sa qualité; autrement, il est censé ne contracter que dans son nom personnel. C'est un principe ancien et conforme à la raison : *Quoties quisquam in rebus agit, vendit, permutat, contrahit, sine adjectione externæ qualitatis, semper nomine suo contraxisse videtur,* dit fort bien d'Argentré (1), d'après Balde. Il doit donc, sans contredit, des dommages-intérêts au fermier expulsé qu'il a trompé par son silence, à moins toutefois qu'il ne prouvât que sa qualité était connue du fermier, lors de la passation de l'acte.

Et si la femme acceptait la communauté, elle devrait, sans contredit, supporter la moitié des dommages et intérêts, de même qu'elle supporte la moitié des dommages dus à celui qui a acquis son bien vendu sans son consentement, ainsi que nous l'avons dit ci-devant (2).

407. Sa renonciation à la communauté la dégagerait de l'obligation de payer sa part des dommages et intérêts dus au fermier, en ce cas, mais non pas de l'obligation d'entretenir les baux faits par son mari, lorsqu'ils n'excèdent pas neuf ans. Cette obligation est indépendante de son acceptation ou de sa renonciation. La raison en est, dit fort bien Ferrière (3), que ces baux ont été faits par le mari, comme légitime administrateur des biens de sa femme, tant pour lui et en son nom que pour elle.

408. La femme ne serait pas tenue d'entretenir le bail fait par le mari, s'il était fait en fraude de ses droits (4). L'art. 227 de la coutume de Paris le disait expressément. Si le Code n'en parle point, c'est que les cas de fraude sont toujours exceptés. Mais quand y a-t-il fraude? Tous les auteurs (5) enseignent qu'il y a fraude, si, au lieu d'affermer le bien toute sa valeur, le mari exige du fermier un pot-de-vin, au moyen duquel le prix des fermages ou des loyers est moins élevé. Mais le bail ne serait pas jugé frauduleux par cela seul que le mari a reçu un pot-de-vin, même considérable, s'il ne l'a pas reçu sous main, sans en donner connaissance à sa femme.

Si la femme faisait juger en ce cas le bail frauduleux, et expulsait le fermier, il ne lui serait pas dû de dommages et intérêts, car il a manifestement participé à la fraude, à moins que son mari n'eût affermé dans son nom seul,

(1) In art. 419 *Consuet. Armoricæ*, glos. 1, n° 4, col. 1666.

(2) Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), n° 314; Dalloz, v° *Communauté*, n° 331.

(3) Sur l'art. 227 de la coutume de Paris, n° 4.

(4) *Voy.* Bordeaux, 2 fév. 1832 (Sirey, 1832, p. 421).

(5) Ferrière, *loc. cit.*, n° 18; Valin, sur l'art. 22 de la coutume de la Rochelle, § 1, n° 5.

et que le fermier n'ignorât que le bien appartenait à la femme.

Dans tous les cas, le mari serait tenu de rendre le pot-de-vin qu'il a reçu, pour les années du bail qui resteraient encore à courir, et si la femme acceptait la communauté, elle serait tenue envers le fermier de la moitié de cette dette. Mais le mari ou ses héritiers devraient alors une indemnité à la femme comme dans le cas où il aurait perçu les fermages et revenus des biens de la femme par anticipation ; car son droit à ces fruits expirait à la dissolution de la communauté, et s'il les avait perçus d'avance avant cette dissolution, il aurait enrichi la communauté aux dépens de sa femme.

409. On pensait encore qu'il y avait fraude dans les baux consentis par le mari, s'ils étaient consentis ou renouvelés dans le temps où la femme était atteinte d'une maladie mortelle. Un pareil moyen de fraude devait nécessairement beaucoup dépendre des circonstances; nous croyons qu'on devrait appliquer à ce cas, par analogie, l'art. 1975 du Code civil, qui annule le contrat de rente viagère, lorsqu'elle a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. C'est une fraude fréquente, surtout de la part des usufruitiers, qui, se sentant malades et pressés de jouir, renouvellent les baux des métairies grevées d'usufruit a bas prix, moyennant un pot-de-vin qui n'est point porté dans le bail, et sur lequel le fermier est intéressé à garder le silence. Nous devons signaler cet abus, auquel nous avons vu se prêter sans scrupule des hommes d'ailleurs, en apparence, au-dessus du soupçon. En voici un exemple qui est à notre parfaite connaissance :

Un homme, qu'une place dans la magistrature et sa régularité à remplir scrupuleusement tous les devoirs et toutes les pratiques de la religion romaine semblaient mettre au-dessus du soupçon, avait une sœur usufruitière d'une très-belle métairie, et atteinte depuis longtemps d'une maladie incurable et désespérée par les gens de l'art. Il s'agissait de renouveler le bail de la métairie dont elle avait l'usufruit. Son frère se rendit dans sa chambre avec le notaire et le fermier, duquel on exigea un pot-de-vin, au moyen de quoi le bail fut renouvelé pour neuf ans; mais comme le fermier n'avait point assez d'argent pour payer le pot-de-vin, il paya ce qu'il put, et on lui fit consentir pour le restant un billet dont se saisit le frère, héritier présomptif de sa sœur, de laquelle les papiers étaient exposés à être inventoriés après sa mort, ce qui arriva trois mois après. Alors, le propriétaire d'une portion de la métairie alla demander au frère si le bail avait été renouvelé; il répondit qu'il ne le savait pas, que sa sœur ne le consultait point sur ses affaires. Du reste, profond silence sur le pot-de-vin, et sur le billet du fermier. qu'il devait avoir en sa possession; mais le fermier, devenu intéressé à faire connaître le pot-de-vin et le billet qu'il avait donnés, parce qu'il avait acheté la nue propriété d'une grande portion de la métairie, et qu'en cette qualité il devait participer à la restitution de ce qu'il avait payé, révéla tout. Le frère n'osa nier; il avoua et fit la restitution de la partie du pot-de-vin qui avait été payée, mais il ne rendit point au fermier le billet dont il s'était saisi à l'époque du renouvellement du bail, et assura qu'il n'en avait jamais eu connaissance (1).

410. La femme n'est point tenue d'entretenir les baux que le mari a faits par anticipation. Mais que faut-il entendre par là ? Qu'il doive attendre que les baux courants soient expirés pour en passer d'autres ? Non, sans doute; car du principe qui autorise le mari, que sa situation ou ses affaires empêchent de jouir par ses mains des biens de sa femme, à les affermer, pour en retirer tout le revenu qu'ils doivent naturellement produire, afin de soutenir les charges du mariage, il s'ensuit, par la même raison, qu'il n'est pas tenu d'attendre l'expiration des baux courants pour les renouveler ou en passer de nouveaux ; autrement, il courrait le risque d'être privé du choix de fermiers convenables, et d'être contraint à prendre les premiers qui se présenteraient, et qui pourraient même lui faire la loi sur le prix du bail, faute de concurrence : le mari peut donc affermer avant l'expiration des baux courants.

Mais il fallait prévenir les abus de cette faculté, et empêcher que le mari ne pût affermer plus longtemps avant l'expiration des baux qu'il n'est nécessaire pour choisir un bon fermier, et que ne le font ordinairement les bons pères de famille. Car les baux renouvelés longtemps d'avance, surtout par ceux qui administrent les biens d'autrui, sont suspects de fraude et ne se font ordinairement que par des personnes pressées d'argent, qui ne consentent à se lier pour un aussi long temps d'avance que moyennant des pots-de-vin plus ou moins considérables, sur lesquels le bail garde le silence. On n'avait point autrefois, sur ce point, de loi uniforme; on suivait l'usage des lieux, qui variait, et qui n'était attesté que par les auteurs ou par les jugements. Le Code, par une disposition uniforme, obligatoire pour tout le royaume, a invariablement fixé le temps dans lequel le mari peut renouveler les baux des biens de sa femme.

411. Mais il a fait à cet égard une distinction, qu'il n'a point faite pour la durée des baux, entre les biens ruraux et les maisons. L'art. 1430 porte :

---

(1) Dalloz, v° *Communauté*, n° 335; Duranton, t. 8 (XIV, éd. fr.), nos 312, 313.

« Les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons, sont sans effet, *à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté.* »

412. Les derniers mots de cet article tranchent une difficulté qui aurait pu naître dans le cas où le mari, ayant renouvelé ou passé seul de nouveaux baux cinq ans avant l'expiration des anciens, et par conséquent deux ans avant que la loi le lui permît, continue de vivre pendant quatre ans, en sorte que le nouveau bail ou renouvellement de bail commencera une année seulement après sa mort. La femme est-elle obligée de l'entretenir? Il semble qu'elle n'a point à se plaindre, puisque le nouveau bail ne commencera qu'un an après la mort de son mari, qui pouvait le faire trois ans entiers avant l'expiration de l'ancien.

Néanmoins, il faut dire que le nouveau bail sera sans effet à l'égard de la femme, et qu'elle n'est pas obligée de l'entretenir; car, dans le principe, ce bail a été fait en contravention de la loi, et le temps qu'a vécu le mari depuis cette contravention ne saurait la couvrir ni valider le bail au préjudice de la femme, en faveur de laquelle la loi a fixé à trois ans le temps de l'anticipation qu'elle permet au mari. Notre art. 1430 ne valide l'anticipation qui excède trois ans, que dans le seul cas où l'exécution des baux anticipés *a commencé avant la dissolution de la communauté.* Autrement il faut appliquer la règle de droit : *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* (L. 29, *de reg. jur.*)

La disposition finale de l'art. 1430 vient sans doute de la défaveur qu'élève le soupçon de fraude inspiré par une longue anticipation. Le temps de trois années, accordé au mari par le Code, est plus que suffisant pour s'assurer d'un bon fermier.

413. Après avoir donné au mari l'administration des biens personnels de sa femme, il était juste de l'obliger de veiller à leur conservation, comme un tuteur est obligé de veiller à la conservation des biens de son pupille, qu'il administre; de sorte que les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, répondent de tous les événements de sa mauvaise administration. C'est pourquoi la disposition finale de l'art. 1428 porte que « il est responsable de tout *dépérissement* des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'*actes conservatoires.* »

Ce n'est donc pas seulement de la perte des biens que le mari répond, mais encore de tout dépérissement, de toute détérioration, diminution de valeur, occasionnés par sa faute ou par sa négligence; en un mot, par défaut d'*actes conservatoires,* c'est-à-dire des actes nécessaires à leur conservation, des actes par lesquels ils auraient pu être conservés.

Ainsi, le mari est obligé d'entretenir les biens de sa femme en bon état de réparation, afin qu'ils ne dépérissent pas; d'empêcher les usurpations, de faire rentrer les crédits, de discuter les débiteurs, d'arrêter le cours des prescriptions (1). Nous avons même sur ce dernier objet une disposition précise dans l'art. 2254, qui porte :

414. « La prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, *sauf son recours contre le mari.* »

Ainsi, la règle générale est que le mari répond de toutes les prescriptions, de quelque espèce qu'elles soient, car le Code ne distingue point, qu'il laisse acquérir contre sa femme.

Mais ne doit-on point, pour juger de la responsabilité du mari, distinguer entre les prescriptions commencées avant ou après le mariage? Le Code ne fait point cette distinction; et nous devons d'autant moins l'admettre, qu'elle était inconnue dans le droit romain, qui la proscrivait même formellement, comme on le voit par la loi 16, ff., *de fundo dotali,* 23, 5 : *Si fundum quem Titius possidebat bona fide, et longi temporis possessione poterat sibi quærere, mulier ut suum marito suo dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit.*

Qu'importe, en effet, que la prescription ait commencé avant le mariage, qui fait naître la puissance du mari, si, depuis le mariage, il a manqué d'agir pour en arrêter le cours? Il doit donner les soins nécessaires pour conserver les biens de sa femme, dont il a l'administration, et répond de ses fautes d'omission, de sa négligence, comme de son dol.

415. Mais si le commencement de la prescription, antérieurement au mariage, ne dispense pas le mari d'en arrêter le cours, sous peine d'en être responsable, il peut tirer de ce fait, comme de quelques autres, suivant les circonstances, une excuse à son défaut d'action, qui le dégage de la responsabilité. La loi déjà citée le dit positivement dans sa disposition finale : *Plane, si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito.*

En effet, si la prescription n'a commencé que depuis le mariage, le mari est sans excuse. Il doit être responsable de la prescription qui s'est accomplie pendant le cours du mariage, de même que s'il avait aliéné ou dissipé le bien, qui se trouve perdu par prescription; car il est à remarquer que la femme, qui ne retrouve pas

(1) Dalloz, v° *Communauté,* n° 415.

son bien à la dissolution du mariage, n'est pas obligée d'indiquer comment il a été dissipé, par quel acte il a été aliéné; il lui suffit de prouver qu'elle en était propriétaire lors du mariage, pour en rendre le mari ou ses héritiers responsables, et les obliger à le lui remettre. Vainement alléguerait-il qu'il n'en a point eu connaissance : il est présumé l'avoir connu ; car il devait s'instruire des affaires de sa femme, puisque la loi le chargeait d'administrer ses biens.

Au contraire, si la prescription a commencé avant le mariage, le mari ne peut en répondre qu'autant qu'il a été en état d'en prévenir l'accomplissement. Il faut donc qu'il ait eu un temps suffisant pour agir auparavant; il faut encore qu'il ait pu connaître que tels et tels biens, que telles créances, désormais perdus par prescription, appartenaient à la femme.

416. Mais enfin quel délai peut être regardé comme suffisant, tant pour agir que pour connaître les affaires de la femme avant le terme fatal de la prescription? C'est ce qu'il est impossible de dire d'une manière absolue, parce que la réponse dépend des circonstances. C'est, par conséquent, ce que la loi ne pouvait expliquer, et qu'elle a, par cette raison, sagement abandonné à la prudence et à l'arbitrage du juge, qui doit peser et apprécier les circonstances d'après lesquelles il doit se décider.

Dans la loi 16, ff., *de fundo dotali,* déjà citée, tout était clair. Il s'agissait d'un fonds possédé de bonne foi par un tiers, et que la femme avait donné en dot à son mari, *ut suum*. Le mari ne pouvait donc ignorer ni le droit de propriété prétendue par sa femme, ni la nécessité d'agir contre le tiers.

Cependant il négligea d'agir, la loi le déclare donc responsable : *rem periculi sui fecit ;* et avec raison, car il paraissait sans excuse.

417. Cependant, dans ce cas même, où le mari ne pouvait ignorer les droits de sa femme sur le fonds, puisqu'elle le lui avait donné en dot, comme lui appartenant, *ut suum,* la loi se montre disposée à écouter les excuses du mari ; elle ne prononce la responsabilité contre lui que dans le cas où il pouvait agir : *cum id facere posset.* Donc, s'il avait une valable excuse de n'avoir point agi, il ne serait pas responsable.

La loi le dégage même de toute responsabilité s'il ne restait, au moment du mariage, que très-peu de jours pour accomplir la prescription : *Si paucissimi dies superfuerunt.* Les premiers jours du mariage sont consacrés aux plaisirs, et la loi n'a pas voulu punir le mari, pour n'avoir pas interrompu les fêtes nuptiales, et s'occuper d'affaires dont l'oubli était si pardonnable pendant les premiers jours ; mais cet oubli doit être très-court.

La loi ne tolère l'excuse que très-peu de jours, après lesquels le mari, qui n'a point agi, ne peut se dégager de la responsabilité que moyennant des excuses dont la légitimité est abandonnée à l'arbitrage du juge (1).

418. La loi, d'accord avec la raison, indique comme moyen général d'excuse, en faveur du mari, l'impuissance d'agir. Par exemple, dans la loi citée, si, en apportant en dot comme sien, *ut suum,* un immeuble possédé par un tiers, la femme n'a pas remis à son mari les titres de propriété nécessaires pour évincer le tiers, il est évident qu'il n'est pas responsable de la prescription. Il n'a pas pu agir.

Il ne pourrait y avoir de difficulté que dans le cas où les parties se trouveraient contraires en faits, le mari soutenant, d'un côté, que jamais les titres nécessaires pour agir ne lui ont été remis ; la femme, au contraire, ou ses héritiers, soutenant qu'ils l'ont été. A qui incomberait le fardeau de la preuve? Nous pensons, sans hésiter, que c'est à la femme ou à ses héritiers, qui fondent leur prétention sur une affirmative facile à prouver, et non au mari, qui se défend par une négative indéfinie, qu'il est impossible, par la nature des choses, de prouver directement ni indirectement.

419. L'ignorance des droits de la femme peut aussi mettre à l'abri la responsabilité du mari. Cette excuse retombe dans celle de l'impuissance, car on ne peut agir pour conserver ce qu'on ne connaît pas.

Cette ignorance, au reste, ne peut excuser le mari que dans le cas où les titres et papiers de la femme ne lui auraient pas été remis. Car alors il peut s'excuser de n'avoir pas connu tel crédit, qui se trouve perdu par la prescription ou par l'insolvabilité des débiteurs, devenus insolvables depuis le mariage.

Mais si les titres et papiers lui ont été remis, même en général et sans inventaire, sans spécifier en quoi ils consistaient, c'était à lui de les examiner ou faire examiner, pour rechercher s'ils ne contenaient pas les titres de quelques crédits pour la conservation desquels il était urgent d'agir. La nécessité de cet examen pourrait seulement excuser le défaut d'avoir agi dans le délai fatal de la prescription ; car il faut du temps pour la visite, examen et arrangement des papiers. Il peut même souvent être nécessaire, pour cela, d'avoir recours à un homme d'affaires pour le triage, et pour donner des lumières au mari.

420. L'insolvabilité des débiteurs, dans le temps du mariage, met certainement à couvert la responsabilité du mari. Mais il ne lui suffirait pas d'alléguer cette insolvabilité, il doit la prouver. Il était tenu d'agir ; il doit se justifier de son inaction. Et il ne peut le faire qu'en faisant voir qu'il a agi, mais que son action a été inutile, par l'insolvabilité des débiteurs qu'il a fait condamner.

---

(1) *Voy.* Dalloz, *ubi supra,* nos 343, 344, 345 et 346, qui adopte toutes ces opinions.

421. Le mari est dégagé de toute responsabilité si les créances de sa femme ne sont point prescrites lors de la dissolution du mariage, à moins que les débiteurs contre lesquels il a négligé d'agir, comme il y était tenu, ne soient devenus insolvables (1).

422. Au reste, chacun des conjoints, la femme comme le mari, est réciproquement responsable du dommage qu'il pourrait causer à l'autre sur ses biens, par son fait ou par sa faute. Ils restent à cet égard dans le droit commun. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » (Art. 1382.)

Le droit romain prononce contre la femme la responsabilité du dommage qu'elle a causé sur les biens du mari : *Mulier, si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliæ convenitur.* (Leg. pen., ff., *ad legem Aquiliam*, 9, 2.)

La même responsabilité est prononcée contre le mari d'une manière plus étendue par notre art. 1428, qui lui donne l'administration de tous les biens de la femme.

Mais cette responsabilité a des effets bien différents à l'égard de la femme et à l'égard du mari : la femme ne pouvant par son fait obliger les biens de la communauté, les dommages qu'elle cause par sa faute sur les biens de son mari ne sont point à la charge de la communauté, et doivent être réparés sur ses biens personnels. Par exemple, si la femme, par un incendie arrivé par sa faute, avait causé aux maisons propres de son mari un dommage de 20,000 fr., cette somme, n'étant point dette de communauté, devrait être prise sur ses biens personnels, et, si elle avait été payée sur les biens de la communauté, la femme lui devrait une indemnité de pareille somme, soit qu'elle l'acceptât, soit qu'elle y renonçât.

Au contraire, le mari étant maître absolu des biens de la communauté, et pouvant en disposer à son gré, même la dissiper, la perdre, sans en devoir compte à personne, toutes les dettes qu'il contracte personnellement pendant le mariage sont à la charge de la communauté. Si donc il avait causé aux maisons propres de sa femme un dommage de 20,000 fr., cette somme serait une dette de la communauté, et s'il l'avait payée des biens qui en dépendent, il ne serait dû nulle indemnité à la femme (2).

(1) C'est aussi l'avis de Dalloz, *ubi supra*, n° 346.

(2) *Voy.* Dalloz, n° 350.

FIN DU TOME SIXIÈME

CONTENANT LES TOMES 11 ET 12 DE L'ÉDITION DE PARIS.

TABLE

DES CHAPITRES ET SECTIONS.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

Pages.

TITRE IV.

FIN DE LA TABLE DU TOME SIXIÈME.

